

VANIA AUGUSTA CELLA PIAZZA

**ACESSO À JUSTIÇA E PROTEÇÃO INTEGRAL NOS CRIMES SEXUAIS
PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

**FLORIANÓPOLIS
2001**

VANIA AUGUSTA CELLA PIAZZA

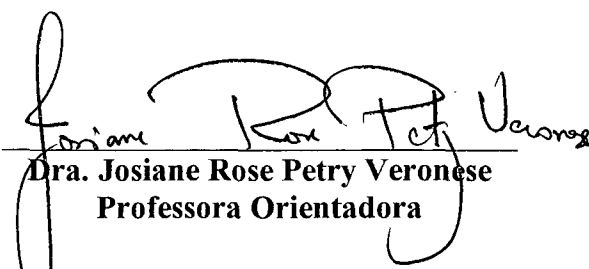
Dissertação apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina em convênio com a Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas – especialidade em Direito, sob a orientação da professora Josiane Rose Petry Veronese.

FLORIANÓPOLIS
2001

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ACESSO À JUSTIÇA E PROTEÇÃO INTEGRAL NOS CRIMES SEXUAIS
PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

VANIA AUGUSTA CELLA PIAZZA



Dra. Josiane Rose Petry Veronese
Professora Orientadora



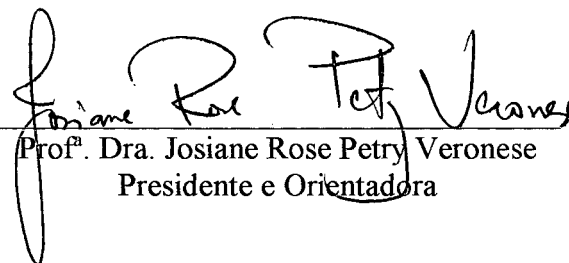
Prof. Dr. Christian Guy Gaubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

**FLORIANÓPOLIS
2001**

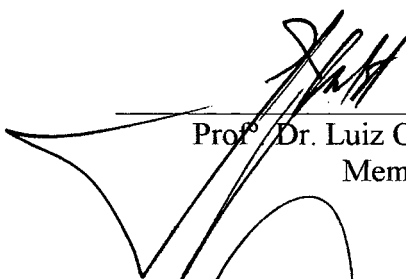
VANIA AUGUSTA CELLA PIAZZA

**ACESSO À JUSTIÇA E PROTEÇÃO INTEGRAL NOS CRIMES SEXUAIS
PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

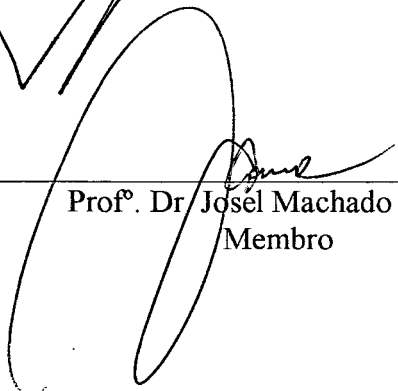
*Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
MESTRE EM DIREITO no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal
de Santa Catarina com a seguinte Banca Examinadora:*



Prof.^a Dra. Josiane Rose Petry Veronese
Presidente e Orientadora



Prof.^o Dr. Luiz Otavio Pimentel
Membro



Prof.^o Dr. José Machado Corrêa
Membro

**FLORIANÓPOLIS
2001**

Dedico Para os meus pais Chixto e Rosedália

Para os meus filhos Valmor Júnior e Gabriela.

Para Alcides, meu companheiro, que tem sido alento e luz na minha vida e nas minhas lutas de todos os dias.

AGRADEÇO

À toda minha família, pelo amor, carinho, compreensão e apoio inestimáveis.

À Dra. Josiane Rose Petry Veronese, orientadora, pessoa pela qual tenho a maior admiração e que é para mim um exemplo de pesquisadora e de luta pelos direitos de crianças e adolescentes, pela sensibilidade e incentivo que tornaram possível a conclusão deste trabalho.

Ao Dr. Gersino Gérson Gomes Neto, Promotor de Justiça Coordenador do Centro das Promotorias da Infância, pelo apoio, pela sua luta incessante na busca do reconhecimento dos direitos da população infanto-juvenil e por despertar em mim um profundo respeito por essa classe de cidadãos.

Ao Dr. Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva pelo incentivo inicial na realização deste curso de mestrado.

À Maria Salete, pela amizade, confiança e pelo trabalho desenvolvido, através do qual tem mostrado esperança no ser humano e que é possível lutar pela construção de uma sociedade com mais justiça social.

À Elenice, Cássio, Franciele, Simone e Felipe pela colaboração, carinho e amizade constantes.

À Tatiane e todos aqueles que me auxiliaram e incentivaram nesta árdua tarefa de pesquisa.

À todas as crianças e adolescentes com quem convivi na comarca Xaxim, que me fizeram ver que respeito, carinho e oportunidade é tudo o que precisam e o que lhes faz falta nesta caminhada.

RESUMO

A criança e o adolescente são objetos desta dissertação, com destaque para o conceito de acesso à justiça e a doutrina da proteção integral - acolhida pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - como fontes da aspiração de justiça e da proteção de seus destinatários em relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. O trabalho, tratou da evolução histórica dos direitos da criança e adolescente, desde as primitivas sociedades mediterrâneas, passando pela Idade Média, até os dias de hoje, em que se adotou nas Convenções Internacionais, na Carta Constitucional Brasileira e na lei ordinária, a doutrina da proteção integral, cujo primado reside no melhor interesse da criança e do adolescente. Também se fez um regresso a algumas fontes doutrinárias que inspiraram a criminalização das condutas atentatórias aos costumes e, mais em especial, ofensivas à liberdade sexual. Se colacionou fundamentos doutrinários que determinaram a instituição da ação penal privada, como regra geral para esses crimes, assim como a situação da criança e adolescente diante dessa ordem legal. Se tratou do conceito de acesso à justiça, prejudicado por vários fatores, diante da realidade social do país e em especial pelo fato de não terem sido as crianças e adolescentes tratados como sujeitos de direito, enquanto não completada a maioridade. A um estudo de caso relacionado à comarca de Xaxim, SC, seguiu-se o capítulo que ficou centrado na defesa do conceito de que a norma constitucional e ordinária do Brasil, estabelecendo o dever do Estado de proteger a criança e adolescente de qualquer atentado a seus direitos fundamentais, incluindo sua dignidade e respeito, leva à afirmação de que houve derrogação parcial do artigo 225 do Código Penal, transferindo-se a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (arts. 213 e 214 do CP) quando praticados contra a criança e o adolescente, para a condição de pública e incondicionada. Nas últimas considerações está a síntese da pesquisa e das conclusões extraídas do estudo.

ABSTRACT

The child and the adolescent are objects of this dissertation, bringing out the concept of access to justice and doctrine of whole protection – accepted by the constitution of 1988 and by the child and the adolescent statute – as source of the aspiration for justice and protection of their destined to crimes of rape and violent attack to shame. The work, talked about the historical revolution of child and adolescent rights' since the primitive mediterranean society, going through middle age, up to now, when the doctrine of whole protection was adopted in the international conventions, Brazilian Constitutional letter and the ordinary law which principle lays on the best child and adolescent interest. Was made a regret to some sources of doctrinal which inspired the criminalization of the attacked conducts to customs and, more specifically, offensive to sexual liberty. Was also collated doctrinal basis which determinated the establishment of the private penal action as general rule for these crimes, as well as the child and adolescent situation before this legal order. Was talked about the concept of access to justice, damaged by several factors, before social reality of their country and specially for the fact of they hadn't been the children and the adolescents treated as people with right, while they were underage. After a study of case related to the judicial district of Xaxim followed the chapter which was centralized on the defence of the concept that the constitutional and ordinary norm of Brasil, establishing the duty of state of protecting child and adolescent against any attack to their fundamental rights, including their dignity and respect, leading to the affirmation that there was a partial derogation of article 225 of penal code, transferring the penal action in crimes of rape and violent attack to shame (articles 213 and 214 of penal code) when practice against chil and adolescent, to the public and unconditional condition. The synthesis of the survey and of the conclusions extracted from the study are in the last considerations.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
ÍNDICE DE TABELAS	x

INTRODUÇÃO.....	1
------------------------	----------

CAPÍTULO I

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	6
1.1 - Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente.....	6
1.2 - Doutrina Jurídica da Proteção Integral.....	17

CAPÍTULO II

OS CRIMES SEXUAIS PRATICADOS CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE	31
2.1 - Os Crimes Contra a Liberdade Sexual no Código Penal Brasileiro	31
2.2 - A Violência Sexual Sofrida por Crianças e Adolescentes.....	43
2.3 - A Ação Penal nos Crimes Sexuais	50
2.3.1 - A Ação Penal	50
2.3.2 - Ação Penal Pública e Privada.....	53
2.3.3 - A Ação Penal nos Crimes Contra os Costumes.....	54
2.3.3.1 - Ação Penal Privada	55
2.3.3.2 - Ação Penal Pública Condicionada à Representação.....	58
2.3.3.3 - Ação Penal Pública Incondicionada	60
2.3.4 - A Iniciativa da Ação Penal Quando o Crime é Praticado Contra Crianças e Adolescentes	69

CAPÍTULO III

O ACESSO À JUSTIÇA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E A AÇÃO

PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.....	76
3.1 - O Conceito de Acesso à Justiça	76
3.2 - Estudo de Caso.....	87
3.3 - A Ação Penal Pública Incondicionada ante a Doutrina da Proteção Integral...	90

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
----------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	101
---------------------------	------------

ANEXOS	104
---------------------	------------

Anexo I - Estudo de Casos Realizados na Comarca de Xaxim - SC - Tabelas de I a VII - Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

Anexo II - Estudo de Casos Realizados na Comarca de Xaxim - SC Tabelas VIII a X - Inquéritos Policiais que não se transformaram em Ação Penal - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

ÍNDICE DE TABELAS

Tabela 1: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	106
Tabela 2: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	107
Tabela 3: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	108
Tabela 4: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	109
Tabela 5: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	110
Tabela 6: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	111
Tabela 7: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	112
Tabela 8: Inquéritos Policiais que não se transformaram em Ação Penal - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	114
Tabela 9: Inquéritos Policiais que não se transformaram em Ação Penal - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	115
Tabela 10: Inquéritos Policiais que não se transformaram em Ação Penal - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000	116

INTRODUÇÃO

Uma das mais notáveis virtudes da humanidade contemporânea é, possivelmente, o pensamento homogêneo acerca de temas fundamentais à civilização. Nas eras mais primitivas da nossa espécie, os valores e comportamentos eram imensamente diversificados. Assim como as plantas e animais de certa espécie sofrem mudanças evolutivas personalíssimas quando isolados numa ilha, os homens, enclausurados em regiões remotas, criaram seus próprios conceitos éticos e morais de matizes tão variadas quanto eram variadas as comunidades. Daí, pouco a pouco, surgiu o intercâmbio de culturas, de sorte que novos valores e conceitos passaram a ser agregados ou dispensados com o decorrer do tempo. A concentração populacional na Ásia, Ásia Menor, África, Europa e América gerou civilizações heterogêneas, cada qual com seus próprios preceitos. Todavia, a partir do espraio da cultura européia, que se arvorava superior, suas práticas religiosas, morais, éticas e jurídicas foram incorporadas pelos demais povos. De reverso, as demais culturas também influenciaram nos preceitos europeus, de tal sorte que, hoje, se podem vislumbrar princípios universalmente aceitos, à exceção de uma ou outra cultura perdida em ilhas ou cantões remotos.

Como se verá no primeiro capítulo, o tema criança e adolescente mereceu pouco caso no decorrer da história humana. Aqui e acolá a infância se salvaguardou no carinho natural dos pais e em preceitos religiosos que a protegia. No mais, a criança não passava de res, disponível pelos pais, pela sociedade e pelo Estado.

Hoje, no mundo em geral e especialmente nos ordenamentos jurídicos das “famílias” anglo-saxônica e romano germânica, a criança e o adolescente ocupam especial destaque, vistos como sujeitos de direito e destinatários de obrigatória proteção da família, sociedade e Estado. Seus direitos fundamentais passaram a deter o caráter de ordem pública.

Os tratados internacionais, convenções e normas internas das diversas nações vem acolhendo a doutrina da proteção integral, que parte da premissa de que todas as ações, nesse tema, devem se destinar ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Ao adotar expressamente, por via de Convenções Internacionais (que tem *status* de norma constitucional), por inscrição na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente os preceitos da doutrina da proteção integral, o Brasil criou uma nova ordem jurídica - específica na matéria - que se sobrepôs às leis anteriores, revogando alguns de seus enunciados. Todavia essa nova ordem jurídica nem sempre é bem compreendida, de sorte que os estudiosos e tratadistas ainda se debatem na busca de entender as reais implicações, nas diversas áreas, da adoção da doutrina da proteção integral pela lei brasileira.

É certo que se vive uma espécie de euforia pós revolucionária. Tornar vitoriosa a revolução é sempre a menor das tarefas: difícil é consolidá-la de modo a alcançar seus objetivos finais.

Não é exagero afirmar que a humanidade já viveu inúmeros ciclos de ordem semelhante. À derrocada do puritanismo seguiu-se o libertinismo desordenado. Ao ocaso do chamado socialismo, segue-se, hoje, o frenesi enganoso do neo-liberalismo.

No campo dos direitos da criança e adolescente a humanidade caminhou com extrema lentidão. Por isso, os avanços verificados no curto período de algumas décadas significam uma imensidão. É mais do que se fez nos cinco milênios anteriores.

A dissertação que ora se apresenta traz uma breve ilustração da evolução histórica dos direitos da criança e adolescente, até a adoção da doutrina da proteção integral. No que refere a esse tema, colacionou-se valiosos textos doutrinários de alguns estudiosos, esgotando-se a matéria, ao menos no que interessa ao tema central do trabalho. Esse é o primeiro capítulo.

No segundo capítulo tratou-se dos crimes sexuais praticados contra a criança e adolescente e sua repressão. Colheu-se o pensamento de doutrinadores, tocante aos fundamentos e razões da criminalização e formas de ação penal com vistas à repressão. Uma breve reflexão sobre o tema, faz parecer que a designação de "crimes contra os costumes" é anacrônica, posto que não é mais a moral pública o único objeto jurídico tutelado, já que vivemos tempos de imensa permissividade, diariamente difundida pelos

meios de comunicação. A reprovação ao ato sexual está reduzida ao ponto da insignificância. Por isso, consentâneo seria dizer que o atentado sexual mediante violência ou grave ameaça deveria ter a denominação de “crime contra a dignidade”.

No que refere à natureza da ação penal (pública ou privada) o segundo capítulo limita-se a retratar as diversas correntes de pensamento, na ordem doutrinária em geral e no reduto do Código Penal Brasileiro. Como se verá, a despeito da instituição da ação penal privada, como regra geral para esse tipo de delito, muitos tratadistas defendiam vigorosamente a tese de que a ação penal deveria ser, em qualquer hipótese, pública incondicionada. Existem, de fato, ponderáveis razões para esse entendimento, mesmo antes de se impor a doutrina da proteção integral.

Ainda no segundo capítulo se retratam algumas “decisões heróicas” dos Tribunais Brasileiros, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que procuraram ampliar o universo da ação penal pública em relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Essas decisões não ficaram imunes de severas críticas dos juristas, entendendo estes que os Tribunais se atribuíram poderes legislativos, violando o princípio da separação dos poderes. Todavia, não escapa ao senso de outros que o Judiciário se antecipou a uma premente necessidade atual que, de resto, é aspirada pela sociedade, já que se tornou inaceitável a impunidade de autores dessas violações que estão no topo da abjeção, entre os crimes em geral. Além disso, como se disse, já não se vê mais esses delitos como atentatórios aos costumes, mas sim, ofensivos à liberdade e à dignidade humanas.

O terceiro capítulo é a meta nuclear do trabalho. Trata inicialmente do conceito de acesso à justiça, colacionando textos de diversos autores. Esse tema, embora apresentado na forma genérica de acesso à justiça, tem por fim a sua aplicabilidade no que tange à criança e ao adolescente. Sabidamente, o acesso à justiça está estreitamente vinculado ao poder econômico de cada cidadão. Se o sujeito, embora tendo capacidade postulatória, é pobre, o acesso à justiça é restrito, quando não nulo. Imagine-se, a partir dessa constatação (de sabença geral) em que pé fica o cidadão hipossuficiente, sem capacidade de postular, como é o caso da criança e do adolescente. A barreira se duplica.

Verificado que a criança e o adolescente não tem, de per si, acesso à justiça, restaria saber se a representação delegada, por ordem legal, aos pais ou responsáveis,

cumprir o papel de assegurar seus direitos e de os resguardar/resgatar das violações sexuais. Seria ingenuidade pensar que sim.

Esse seria mais um argumento teórico a justificar a implantação definitiva da ação penal pública incondicionada nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ao tratar-se de incapazes (por menoridade) na condição de vítimas.

O trabalho, no entanto, não visa teorizar sobre a conveniência da ação penal pública como mero princípio filosófico. O objetivo proposto é verificar se a ação penal pública incondicionada se constitui, efetivamente, em meio garantidor do acesso a justiça a crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais.

Na segunda parte do terceiro capítulo se defende a tese de que as disposições do Código Penal, nesse tocante, foram derogadas por comando constitucional e, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Com efeito, o *caput* do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, acolhendo a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, estabelece esse poder-dever público de defesa dessa classe de cidadãos contra qualquer atentado a seus direitos fundamentais. O texto do *caput* deve ser lido e interpretado em conjunto com o disposto no quarto parágrafo do mesmo artigo 227 que determina a punição severa do “abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Equivale dizer que o abuso sexual, a violência sexual e a exploração sexual são as condutas visadas pelo dispositivo legal em referência.

*A lei não contém palavras supérfluas. Portanto, o que se pretende demonstrar com a realização da pesquisa é que a Constituição, também seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe a repressão, pelo Estado, dos atos de violência sexual praticados contra criança e adolescente, sendo de todo indiferente a vontade dos pais ou representantes legais do lesado.

Nessa ordem de pensamento, se defenderá que as “manobras de desvio”, encetadas no escopo de punir autores dos crimes sexuais violentos contra crianças e adolescentes, são de todo dispensáveis, já que uma adequada interpretação da lei vigente, levará à conclusão segura de que a ação penal há que ser pública incondicionada.

A base teórica do trabalho focaliza a doutrina da proteção integral como meio de acesso à justiça de crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais. São utilizadas obras de Josiane Rose Petry Veronese e Tania da Silva Pereira que tratam da

doutrina da proteção integral bem como obras de Mauro Capeletti e Bryant Garth e de Horácio Wanderlei Rodrigues que tratam do acesso à justiça. No aspecto legal a doutrina da proteção integral está prevista na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, na Constituição da República Federal do Brasil de 1988 e na Lei Federal 8.069/90.

O método de abordagem utilizado é o indutivo, privilegiando a observação como processo para chegar-se ao conhecimento. O método de procedimento é o histórico-comparativo e a técnica de pesquisa a bibliografia e documental.

CAPÍTULO I

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONTEMPORANEIDADE

Este primeiro capítulo tem o escopo de mostrar a evolução dos direitos da criança e do adolescente através da história, salientando no tópico inicial a sua situação desde os tempos mais remotos quando a criança e o adolescente eram considerados nada mais que propriedade do *pater familias*, originando-se daí o pátrio poder, ou seja, o poder dos pais sobre os filhos, que no presente trabalho tem relevância especial. A proteção aos direitos fundamentais desta classe de cidadãos somente foi alcançada com o transcurso do tempo, após o sofrimento de vicissitudes inúmeras, alcançando crianças e adolescentes brasileiras, nos dias atuais, o status de “sujeitos de direitos”, com a incorporação dos princípios da doutrina da proteção integral, contidos no rol de documentos internacionais de proteção à infância, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.1 - Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente

Os direitos da criança e do adolescente que se encontram hoje previstos não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas em praticamente todas as legislações do mundo, não surgiram por si só. Nasceram da luta incessante do homem em seu caminho em busca de civilização e humanidade. Assim, a fim de se vislumbrar o desenvolvimento dos direitos de criança e adolescentes é necessário que se regresse, ainda que superficialmente, ao seu papel na primeira das instituições: a família.

↳ O estudo se inicia com a antigüidade clássica, da qual somos herdeiros e na qual estão as raízes dos direitos dos povos ocidentais.

↳ As normas babilônicas, retratadas no Código de Hammurabi, trazem pouca matéria no que se refere às crianças. Isto se deve, provavelmente, ao fato de que a criança não era titular de direitos, já que figurava como bem (disponível) do pai, não sendo raros os casos em que a penalização do delito do pai recaia sobre o filho.

↳ As normas hebraicas também tinham escassa referência às crianças, muito embora a tradição indicasse, ao menos, uma relação afetiva entre pais e filhos.

↳ Na civilização helênica pré-dórica, relatada por Homero, vigiu o Código de Gortina (Creta - civilização minóica) que dedicava ao pai a autoridade máxima da família. Como chefe podia ou não reconhecer o filho, expô-lo, consigná-lo a título de ressarcimento a quem sofreu um dano. Não havia direito da criança. Ofensa à criança era nada mais que ofensa ao pai. Esse primado viria se constituir na herança das cidades-estado gregas e do império romano, que se seguiram, no curso da História.

↳ De forma anacrônica, Esparta, cidade-estado grega, de origem dórica, situada na região do Peloponeso, tinha tratamento diferenciado para suas crianças, especialmente do sexo masculino. Ao nascer, a mãe tinha o cuidado de verificar se o menino possuía alguma deficiência física ou mental. Existente o defeito, a criança era imediatamente descartada. Sobrevivendo à ocisão determinada pela mãe, aos sete anos o menino era entregue ao Estado. Houvesse a mãe ocultado o defeito os juizes tratavam de eliminar o infante. Educados rigidamente pelo Estado, com o propósito de torná-los guerreiros, aos dezesseis anos os meninos eram lançados fora dos muros da cidade, sem recursos, pelo período de um ano. Sobrevivessem a mais esta prova, tornavam-se guerreiros. Este comportamento, voltado a manter sob jugo a grande população de escravos (hilotas), fez decrescer a população de cidadãos, levando a cidade à destruição gradual, diversamente das outras cidades-estado gregas.

↳ Fustel de Coulange desenvolve em sua obra "A cidade antiga" um estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Ao tratar da família relata que os historiadores do direito romano observaram que não foi o nascimento ou o afeto o fundamento da família romana e sim o poder paterno ou o poder marital, entendido como

uma espécie de instituição primordial. Coulange¹, entretanto, entende que antes de ter sido causa a autoridade paterna, ou marital, foi efeito do princípio constitutivo da família, ou seja, da religião, esta sim responsável pela origem da família antiga.

Coulange² afirma que o antigo direito teve sua origem nos antigos princípios constituintes da família, que por sua vez originaram-se de crenças religiosas aceitas universalmente por gregos e romanos, impondo-se ao legislador. De acordo com as crenças religiosas o pai representava o poder maior, sendo ele o representante de toda uma série de descendentes. Nos direitos grego, romano e hindu, que tiveram origem nas crenças religiosas, o homem era considerado um ser superior a mulher e também à criança. Os filhos, que pela natureza necessitam de um protetor, o tinham na figura do pai. Entretanto, além da natureza era a religião que determinava o alcance do poder paterno, sendo que os filhos permaneciam sob a tutela do pai enquanto este vivesse, principalmente em Roma, eis que em Atenas essa submissão, ilimitada, do filho ao pai, foi com o tempo desaparecendo. Tanto o poder marital como o paternal tinham *por princípio e por condição o culto doméstico*, sendo o pai o chefe supremo da família e o maior representante da religião.

O pai nos direitos grego e romano era titular de amplos direitos e também de deveres, que se originavam, naturalmente, como já mencionado anteriormente, na religião. A mulher e os filhos não tinham direito à Justiça Pública, sendo o pai o único a se sujeitar a esta. Entretanto, o julgamento, no seio da família, cabia ao pai que tinha, inclusive, o poder de vida e morte sobre sua mulher e filhos em virtude de seu direito de justiça decorrente das crenças religiosas. Também ao pai era permitido vender os filhos a terceiros. Mas a autoridade paterna não era considerada arbitrária e seu direito não era absoluto na família antiga, pois tinha sua origem e limites nas crenças religiosas que outorgavam ao pai tanto direitos como deveres a serem seguidos de modo a preservar e dar continuidade à família.³

Cretella Júnior⁴ também relata o poder exercido pelo *paterfamilias* em Roma sobre sua mulher, seus filhos e seus descendentes. Informa que o poder do *paterfamilias*, sobre aqueles que dele dependiam, se atenuou com o tempo, já que no início o poder em relação aos filhos compreendia o poder de vida e morte, de vende-los como

¹ COULANGE, Fustel de. *A cidade antiga - estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12.ed., São Paulo: Hemus Editora Ltda, 1975, p. 33-34.

² COULANGE, F. Idem, p. 68-70.

³ COULANGE, F. Idem, p. 73-4.

⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 112.

escravos para além do Tibre, de casar os filhos com quem achasse conveniente e de obrigar os filhos ao divórcio, além de outros tantos poderes.

No exercício dos plenos poderes, que eram outorgados ao pai, é que se encontram as raízes do pátrio poder traduzido literalmente do latim *patria potestas*. Isso significa que o pai era titular dos direitos do próprio filho. Molestado o filho, tinha-se que a vítima da ofensa era o pai, equivalendo dizer que a reparação nada tinha a ver com o direito individual da criança. Sendo os filhos uma espécie de *res*, raros eram os casos em que o pai respondia pelos atentados que ele próprio dirigia aos filhos antes da maioridade.

O então chamado *patria potestas*, era, ainda, uma forma embrionária do pátrio poder que hoje se concebe. Esse pátrio poder romano, no entanto, mereceria, com mais acerto, ser denominado de poder de paternidade, posto que, diversamente do sentido que hoje se confere à expressão, no sentido de poder-dever, era pouco mais que o poder *dominus*. O pátrio poder, então absorvia inteiramente o direito individual do filho. Com a evolução dos tempos o rigor e o poder do pai foram abrandados, mas sob certos aspectos não há que se olvidar, que suas raízes são tão profundas, que parece permanecer tão vivo como nos primórdios da civilização.

Cumprir dizer que essas regras se referiam tão apenas aos filhos de cidadãos, que estavam numa escala de direitos muito superior aos filhos de escravos. Portanto, se os filhos dos cidadãos não dispunham de proteção jurídica individual, imagine-se os filhos de escravos, esses não filhos do proprietário, mas filhos (frutos) de propriedade.

Na idade média, segundo Ariès⁵, o sentimento em relação à infância, correspondente à consciência da particularidade que diferencia crianças de adultos, praticamente inexistia, o que não significava que as crianças fossem negligenciadas, desprezadas ou abandonadas. O que acontecia é que logo que a criança tinha condições de sobreviver sem a solicitude constante de um adulto (mãe ou ama) ela ingressava na sociedade dos adultos, não se distinguindo mais destes. Deste modo, atravessando a criança o período de alto nível de mortalidade que era a primeira infância, em que a sobrevivência era improvável, ingressava no mundo dos adultos que era composto também de crianças e jovens de pouca idade.

⁵ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Trad. De Dora Flaksman. 2.ed., Rio de Janeiro: LTC, 1978, p.156-7.

Descreve Ariès:

Contudo um sentimento superficial da criança - a que chamei de 'paparicação' - era reservado à criancinha em seus primeiros anos de vida, enquanto ela ainda era uma coisinha engraçadinha. As pessoas se divertiam com a criança pequena como um animalzinho, um macaquinho impudico. Se ela morresse então, como muitas vezes acontecia, alguns podiam ficar desolados, mas a regra geral era a não fazer muito caso, pois uma outra criança logo a substituiria. A criança não chegava a sair de uma espécie de anonimato.⁶

Relata Ariès⁷ que posteriormente, na idade moderna, o grande acontecimento passou a ser a preocupação com a educação das crianças e jovens, principalmente nos séculos XVI e XVII, com a participação de juristas, passando os pais a se preocuparem com a preparação de todos os filhos para a vida e essa preparação ficou destinada à escola que surgiu como substituta da aprendizagem tradicional à qual estavam acostumadas as crianças, com regras rígidas de disciplina e com lições moralistas.

Ainda, de acordo com Ariès, na idade moderna:

A família e a escola retiraram juntas a criança da sociedade dos adultos. A escola confinou uma infância outrora livre num regime disciplinar cada vez mais rigoroso, que nos séculos XVIII e XIX resultou no enclausuramento total do internato. A solicitude da família, da igreja, dos moralistas e dos administradores privou a criança da liberdade de que ela gozava entre os adultos. Infringiu-lhe o chicote, a prisão, em suma as correções reservadas aos condenados das condições mais baixas. Mas esse rigor traduzia um sentimento muito diferente da antiga indiferença: um amor obsessivo que deveria dominar a sociedade a partir do século XVIII.⁸

O período da Revolução Francesa, da qual resultou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi, sem dúvida alguma, um marco na história da humanidade. Também para a infância as idéias e princípios de justiça, igualdade, liberdade entre outras foram o marco inicial do reconhecimento de seus direitos inalienáveis.

Sandrin apud Volvelle ao retratar a atitude dos adultos em relação à criança, no final do Século XVIII, na França, no período de revolução, assinala que a criança era olhada com certa indiferença pelos adultos, passando a ser vista, a partir da época

⁶ ARIÈS, P. *op. cit.*, p. 10.

⁷ ARIÈS, P. *Idem*, p. 276.

⁸ ARIÈS, P. *Idem*, p. 277-8.

mencionada, como uma esperança de riqueza futura de um dos países mais poderosos da Europa, seja como mão-de-obra, soldado ou colono para as Américas, razão pela qual passou-se a direcionar a ela um novo olhar, adotando-se todos os cuidados necessários a fim de se evitar e reduzir a grande mortalidade infantil existente na época. A autoridade dos adultos sobre as crianças (neste período o pai começa a partilhar sua autoridade com a mãe) passa a ser vinculada à necessidade de preservação da criança, cessando a partir de certo momento. Assim, a legislação, que nasce a partir da nova visão acerca da infância, dispõe em decreto de 15 de abril de 1790 que aos vinte e um anos cessa a autoridade dos pais e a autoridade paterna é substituída por tribunais de família. Da mesma forma, no ano de 1793, a legislação outorga aos filhos naturais (com exceção dos adulterinos e incestuosos) o direito de herança de seus pais e a equivalência com os filhos legítimos na partilha e em relação às crianças abandonadas passa a lhes dar assistência e denominá-los “filhos naturais da pátria”.⁹

—▷ Em 1924 surgiu a primeira manifestação internacional na defesa dos direitos dos menores com a Declaração de Genebra, onde se declarou “a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”.

—▷ Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas previu para a criança o “direito a cuidados e assistência especiais”.

—▷ Após, em 1959, foi promulgada, pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que como um dos seus princípios prescreveu:

*A criança gozará de proteção especial e serão-lhe proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei ou por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de forma sadia e normal, e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta os melhores interesses da criança*¹⁰.

Estas Declarações contém princípios relevantes, que na prática se apresentam mais como sugestões aos Estados, já que não encerram obrigações e não contém regras com força coercitiva, podendo os Estados segui-las ou não.

—▷ Em 1969 a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecida

⁹ SANDRIN, Jean. Um novo olhar sobre a infância. In.: VOVILLE, Michel (Org.). **França revolucionária**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 65-7.

¹⁰ Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959. Princípio 2º.

como Pacto de São José da Costa Rica, que teve como paradigma a Convenção Europeia de Direitos Humanos, previu em seu artigo (19) *Toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado*. Esta Convenção trazia aos Estados a obrigação de traçar políticas legislativas a fim de que os direitos ali previstos fossem respeitados e efetivamente exercidos. O Brasil ratificou esta Convenção em 1992, através do decreto 678.

O ano de 1979 foi declarado Ano Internacional da Criança e a partir daí passou a ser elaborada a Convenção dos Direitos da Criança que foi aprovada, por unanimidade, pela Assembleia da Organização das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e mais tarde assinada pelo Governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990. A Convenção dos Direitos da Criança, que por sua natureza coercitiva tem força de lei, reconheceu a criança como sujeito de direitos preconizando a doutrina da proteção integral. Vale salientar os artigos 19 e 34 da referida convenção, que tratam de medidas que visam a proteção da criança contra as várias formas de violência:

Artigo 19 - Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela¹¹.

Artigo 34 - Os Estados partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;*
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;*
- c) a exploração da criança em espetáculos com materiais pornográficos¹².*

As sete Constituições brasileiras que antecederam a de 1988 não contemplaram os direitos da criança e do adolescente da maneira como a atual Constituição Federal, que tratou esta categoria especial de indivíduos como cidadãos,

¹¹ Convenção dos Direitos da Criança, 1989. Art. 19.

¹² Convenção dos Direitos da Criança, 1989. Art. 34.

preceituando que a proteção de crianças e adolescentes é *dever da família, da sociedade e do Estado*.

De acordo com Veronese¹³ a primeira Constituição brasileira a tratar de direitos da criança foi a de 1934 que proibiu o trabalho para menores de 14 anos. As Constituições de 1937 e 1946 ampliaram a esfera de proteção à criança delegando ao Estado a obrigação de assisti-la. A Constituição de 1967 seguida pelo Ato Institucional n. 1 de 1969 significou um retrocesso em relação às legislações anteriores ao diminuir a idade mínima de iniciação ao trabalho para 12 anos de idade. No entanto, instituiu o ensino obrigatório e gratuito nos estabelecimentos oficiais para crianças de 7 a 14 anos. Por fim, a Constituição de 1988 representou significativo avanço nos direitos sociais, beneficiando, entre outros, a criança e o adolescente.

A Constituição Federal Brasileira em 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 adotaram, a exemplo da Convenção dos Direitos da Criança, a doutrina da proteção integral, que reconheceu crianças e adolescentes como cidadãos. No dizer de Veronese: *merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral*¹⁴.

Insculpido no artigo 227 da Constituição Federal está o seguinte enunciado:

*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*¹⁵

Acrescenta a lei maior no parágrafo 4º do mencionado dispositivo legal: *A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.*

Salienta Piovesan: *Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem jurídica internacional. Este princípio invoca a*

¹³ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTR, 1997, p. 11.

¹⁴ VERONESE, J. R. P. Idem, p. 15.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 227.

*abertura da ordem jurídica interna aos sistema internacional de proteção aos direitos humanos...*¹⁶

Continua a autora:

*De forma inédita, a Carta de 1988 estabelece, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição 'não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, parágrafo 2º). A Carta de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está atribuindo aos direito internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.*¹⁷

No que se refere à legislação infraconstitucional Veronese¹⁸ traz em sua obra “Os Direitos da Criança e do Adolescente” um completo estudo do desenvolvimento histórico da proteção jurídica e social no Brasil, relatando inicialmente a questão da criança negra, as leis que aparentemente as protegiam e a assistência que lhes foi dispensada inicialmente pela Igreja Católica e posteriormente pelo Estado. A primeira lei que tratou de direitos da criança negra não nasceu do interesse na proteção da criança em si, mas sim na proteção do ser que, em breve, seria utilizado no trabalho escravo. Com relação à Lei do Ventre Livre ou Lei Rio Branco pode-se dizer que acabou por determinar o abandono e morte de um grande número de crianças, além de criar uma nova modalidade de escravidão e, embora referida lei tenha contribuído para o fim da escravidão, não foi capaz de garantir proteção à criança, filha de escravos, nascida livre.

Descreve também a autora a fase de transição vivida pelo país com a abolição da escravatura, com o fenômeno da imigração e colonização, bem como da urbanização e industrialização, informando que pesquisas apontaram a urbanização como uma das causas do gradativo e acentuado abandono e rejeição de crianças¹⁹.

Pereira²⁰ apresenta um resumo das três correntes jurídico-doutrinárias existentes no Brasil desde o século XIX.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 316.

¹⁷ PIOVESAN, F. Idem., p. 317.

¹⁸ VERONESE, J. R. P. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 11-4.

¹⁹ VERONESE, J. R. P. Idem, p. 15.

²⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11

A primeira conhecida como **Doutrina do Direito Penal do Menor** concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890 preocupou-se especialmente com a delinquência e baseou a imputabilidade na 'pesquisa do discernimento' - que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função do seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso.

O Decreto nº 17.943 de 12 de outubro de 1927, denominado Código de Menores foi criado baseado sob a concepção de que pertence ao Estado a assistência à criança carente devendo essa assistência ter mais um cunho educativo que punitivo.

Veronese²¹, relata que o decreto nº 17. 943, resultado do projeto de José Cândido Albuquerque de Mello Mattos foi o primeiro Código de Menores da América Latina e se constituiu em um importante avanço no campo do direito, eis que o pátrio poder é transformado em pátrio dever, podendo o Estado intervir na relação familiar, antes intocável. O Código de Menores de 1927 alterou e substituiu conceitos ultrapassados, passando a conceber a assistência à criança sob uma ótica educacional além de trazer outras contribuições na área da infância e adolescência.

A segunda foi a **Doutrina Jurídica da Situação Irregular** adotada pelo Código de Menores de 1979, sendo considerado o menor em situação irregular o menor de 18 anos abandonado materialmente, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta ou autor de infração penal. De acordo com Tânia da Silva Pereira: *Por mais de dez anos as decisões tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, eram frutos de critérios subjetivos do juiz marcadas pela discriminação, desinformação ou ainda pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos.*²²

Continua a autora: *O período de vigência do Código de 1979 foi marcado, ainda, por uma política assistencialista fundada na proteção do menor abandonado ou infrator...característica desta fase é a competência de caráter penal e tutelar do Juiz; sua interferência ocorria nas hipóteses de prática do ato infracional e demais situações caracterizadas como problemas sociais...*²³

²¹ VERONESE, J. R. P. *Os direitos da criança e do adolescente*, p. 10.

²² PEREIRA, T. S. *op. cit.*, p. 12.

²³ PEREIRA, T. S. *Idem*, p. 13.

X Muito embora vigente no Brasil a doutrina jurídica da situação irregular, no contexto internacional já estava em vigor a doutrina da proteção integral prevista em documentos internacionais de iniciativa da Organização das Nações Unidas como a Declaração Universal sobre os Direitos da Criança, as Regras de Beijyng, as Diretrizes de Riad e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Finalmente, em 1990, lastrado na Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou uma mudança de postura por parte da família, da escola, das entidades de atendimento, da sociedade e do Estado no sentido de ver resguardados e protegidos os direitos de crianças e adolescentes.²⁴

A Doutrina jurídica da Proteção Integral de acordo com Pereira,

*Passou a vigorar em nosso país a partir da Constituição Federal de 1988, mas teve suas bases no movimento de mobilização do início da década de oitenta que fora marcado por um intenso debate sobre os diversos aspectos da proteção da infanto-adolescência. De acordo com esta Doutrina a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos... A proteção, com prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condição-peculiar de desenvolvimento.*²⁵

A Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente que entrou em vigor em 12 de outubro de 1990 se constituiu em importante marco na defesa dos direitos de crianças e adolescentes, eis que formulado em consonância com a Carta Magna e seguindo as diretrizes da Convenção dos Direitos da Criança aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas um ano antes.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorreu uma mudança de paradigma na legislação passando-se do Direito Tutelar que se fundamentava na “doutrina da situação irregular” sob a qual estava formulado o antigo Código de Menores para a “doutrina da proteção integral” na qual se baseou o novo texto legal.

²⁴ VERONESE, J. R. P. *Temas de direito da criança e do adolescente*. p. 12.

²⁵ PEREIRA, T. S. *op. cit.*, p. 14.

1.2 - Doutrina Jurídica da Proteção Integral

Antes ainda da incorporação na legislação brasileira da doutrina da proteção integral, organizações sociais nacionais já se preocupavam com a adequação do nosso sistema jurídico às modernas normas internacionais de proteção à infância e juventude, eis que o reconhecimento dos direitos fundamentais dessa classe de indivíduos passou a ter relevância no cenário mundial justamente pela conscientização da necessidade de se dar tratamento justo a cidadãos que por muito tempo se viram alijados de seus direitos mais valiosos.

Deste modo, como resultado da articulação de setores diversos, a Constituição Federal de 1988 proclamou a *doutrina da proteção integral*, tratando a questão da infância como prioridade absoluta e determinando, no seu artigo 227, a sua proteção como dever da família, da sociedade e do Estado e reconhecendo que crianças e adolescentes, assim como os adultos, são **titulares de Direito Fundamentais**.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, criado na esfera infra-constitucional, passou a regulamentar os preceitos constitucionais de defesa da população infanto-juvenil, tendo por base a doutrina da proteção integral, estampada em seu artigo primeiro, cujas raízes estão na Convenção dos Direitos da Criança e reproduzindo em seus artigos o disposto no artigo 227 da Constituição da República.

Felicio Pontes Jr. apud Pereira afirma:

*Esta doutrina baseia-se na concepção de que 'crianças e adolescentes são sujeitos de direitos universalmente conhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas, além desses, de direitos pessoais provenientes de sua condição de pessoas em desenvolvimento que devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade. Incluem-se nesse desenvolvimento a preocupação por todos os aspectos- seja físico, moral, espiritual, social, etc. - que possam convergir para o estabelecimento de condições de liberdade e dignidade, e que garantam a satisfação de todas as suas necessidades, vale dizer, que possam promover a proteção integral de crianças e adolescentes'.*²⁶

²⁶ PONTES JUNIOR, Felício de Araujo. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente - uma proposta interdisciplinar - o direito de ser criança e adolescente**. p. 59-0.

O Direito Tutelar, da legislação anterior, que se fundamentava na “doutrina da situação irregular” abriu espaço para a “doutrina da proteção integral” na qual se baseou o novo texto legal. No dizer de Liberati o antigo Código de Menores considerava crianças e adolescentes como objetos de medidas judiciais quando estivessem em situação irregular, sendo desprovidos de direitos, constituindo-se as medidas ali existentes como sanções disfarçadas em medidas de proteção. Também a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança tornou inconteste a efetiva adoção pelo nosso país da doutrina da proteção integral.²⁷

Não há que olvidar a importância da Convenção dos Direitos da Criança para o reconhecimento no Brasil da doutrina da proteção integral, constituindo-se como documento consagrador do novo paradigma.

Segundo Pereira²⁸,

Não cabem mais dúvidas quanto à adoção dos postulados básicos da Convenção Internacional sobre os direitos da Criança da ONU, ratificada pelo Brasil. Sintetizados, coletivos e difusos, em diversas áreas sociais, ficou superada a visão do Direito limitado, apenas, à solução de conflitos. O Direito da Criança e do Adolescente abraçou definitivamente a prevenção como proposta maior de ação.

Anota ainda a autora, se referindo à Convenção:

*Consagra a doutrina da proteção integral, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado. Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajuste econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais. Reafirma, também, conforme o interesse maior da criança, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na falta deles é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam.*²⁹

²⁷ LIBERATI, Wilson Donizetti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 13.

²⁸ PEREIRA, T. S. *Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar - o direito de ser criança e adolescente*. p. 5.

²⁹ PEREIRA, T. S. *Idem*, p. 25-6.

A seu ver, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente e com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU, *o direito de ser criança e adolescente deixou de representar discurso teórico, político e demagógico e, concretamente, tornou-se um realidade jurídica e doutrinária no país*³⁰, passando o Brasil a ser orientado por um novo paradigma referente à infância e juventude.

Amaral e Silva, se referindo ao direito da criança e do adolescente, afirma que: *este direito especializado não deve se dirigir apenas a um tipo de jovem, mas sim, a toda juventude e a toda infância, e suas medidas de caráter geral devem ser aplicáveis a todos. Como medida de proteção deve abranger os direitos essenciais que fundamentam a Declaração universal dos Direitos Humanos e outros documentos emanados das Nações Unidas*³¹.

Segundo Veronese³²,

O Estatuto da Criança e do Adolescente, desde que foi aprovado, tem encontrado muita resistência, porque a lei apresenta uma nova concepção de criança e de adolescente, tratando-os como cidadãos independente de uma suposta situação irregular que os minorizava. Isso implica no *compromisso institucional de romper com esta "cultura" que coisifica infância e juventude, retirando-os da condição de objetos e elevando-os a autores da própria história, o que não é fácil, pois implica em mudanças de valores, de idéias e de condutas, uma verdadeira revolução que depende de todos nós*.

Como crianças e adolescentes, diante da nova ordem constitucional passaram a ter reconhecidos os seus direitos fundamentais, é importante que se analise o que isso significa, para que se possa verificar, na prática diária, se estes direitos estão sendo respeitados e se não estão, o que é necessário fazer para sua efetivação.

Vários autores tratam dos direitos fundamentais. Para Bonavides a primeira questão a ser observada, no tocante aos direitos fundamentais, está relacionada ao uso indistinto das expressões direitos fundamentais e direitos humanos. Anota que as expressões direitos humanos e direitos do homem são mais usadas entre os autores anglo-americanos e latinos e a expressão direitos fundamentais é preferida pelos publicistas alemães. Afirma

³⁰ PEREIRA, T. S. *Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar - o direito de ser criança e adolescente*. p. 57-8.

³¹ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. *A Criança e seus Direitos*. Publicação conjunta da FUNBEM/UNICEF/PUC - Rio, realizada na PUC-Rio/1989. In.: PEREIRA, T. S. Idem, p. 10.

³² VERONESE, J. R. P. *Temas de direito da criança e do adolescente*. p. 23.

que, segundo Hesse, o que os direitos fundamentais objetivam, numa concepção lata, é *criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana*³³.

Para Piovesan³⁴ na concepção contemporânea de direitos humanos, estes: *são concebidos como uma unidade indivisível, independente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam.*

*O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades... É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.*³⁵

Conforme Pereira,

*Os direitos fundamentais tem sido reconhecidos como manifestações positivas do Direito, produzindo efeitos no plano jurídico, sendo outrossim reconhecidos como princípios que orientam a forma sob a qual o Estado deve organizar-se, fixando princípios e linhas gerais para guiar a vida em sociedade com fins de promover o bem-estar individual e coletivo de seus integrantes. Declarados nas constituições modernas, eles não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos*³⁶.

Entende Bonavides³⁷ que os direitos fundamentais estão essencialmente ligados aos valores históricos e filosóficos da liberdade e da dignidade que conduzem ao reconhecimento do significado de universalidade desses direitos como ideal do ser humano.

Da mesma forma Silva³⁸ expressa seu entendimento a respeito de referidos direitos, afirmando que: *direitos fundamentais do homem são situações jurídicas*

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 514.

³⁴ PIOVESAN, F. *op. cit.*, p. 40.

³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. In.: PIOVESAN, F. *op. cit.*, p. 20.

³⁶ PEREIRA, T. S. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar, p.15.

³⁷ BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 516.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 164.

(objetivas, subjetivas) definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

No dizer de Piovesan,

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.³⁹

Conforme Pereira,

Os 'Direitos Fundamentais' dizem respeito ao homem como pessoa. Decorrem dos princípios de Direito Natural e, portanto, anteriores e superiores ao Estado. São direitos que o homem opõe ao Estado, limitando e condicionando o poder do governo.⁴⁰

De acordo com Piovesan⁴¹ na nossa Constituição Federal (artigo 5º, § 2º) os direitos fundamentais classificam-se em três grupos, sendo os primeiros os direitos expressos na Constituição, os segundos os direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte e os terceiros os direitos implícitos que se encontram subentendidos nas regras de garantias fundamentais e nos princípios nos quais se embasaram a Constituição. Os direitos implícitos são imprecisos, vagos, elásticos e subjetivos enquanto que os expressos são claros e precisos. Salienta-se que enquanto os tratados internacionais em geral tem força normativa infra-constitucional, aqueles de proteção aos direitos humanos tem força de norma constitucional, pois enquanto os demais tem por objetivo o equilíbrio e reciprocidade entre os Estados-partes, os relacionados aos direitos humanos tem caráter especial, já que visam a salvaguarda dos direitos do ser humano e se constituem em cláusula pétrea, não podendo ser supridos por meio de emenda constitucional. Assim, a partir da ratificação pelo Brasil da regra internacional de proteção

³⁹ PIOVESAN, F. *op. cit.*, p. 315.

⁴⁰ PEREIRA, T. S. *Direito da Criança e do Adolescente - uma proposta interdisciplinar - o direito de ser criança e adolescente*. p. 59.

⁴¹ PIOVESAN, F. *op. cit.*, p. 317-8.

de direitos humanos esta passa a vigorar automaticamente, ao contrário dos outros tratados que dependem de implementação legislativa.

Tem-se assim, que os direitos fundamentais transcendem os direitos estatais e por isso são apropriadamente denominados de supra-estatais, independentemente de inscrição expressa na ordem jurídica.

No que se refere a direitos fundamentais de crianças e adolescentes no Brasil além da norma internacional de proteção aos seus direitos, já ratificada em 1990, também há a Constituição Federal e a norma infra-constitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente) no mesmo sentido. Indiscutível, portanto, o reconhecimento pelo sistema normativo vigente no Brasil dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, sendo que a norma infra-constitucional que se contraponha a esses direitos fica revogada. Ainda, segundo o conceito de direitos fundamentais, já alinhavados, pode-se afirmar que toda norma estatal expressa, conflitante com esses direitos fundamentais, deve ser tida como não escrita.

Pontes de Miranda, em comentário à Constituição de 1967, afirma:

Os Direitos Fundamentais não se confundem com outros direitos assegurados e protegidos pelas Constituições. Estas fazem, às vezes, fundamental o que não é supra-estatal. Os direitos supra-estatais são, de ordinário, Direitos Fundamentais absolutos. Não existem conforme os cria ou regula a lei; existem a despeito das leis que pretendam modificar ou conceituar. Não resultam das leis; precedem-nas. (...) Diante dos direitos supra-estatais, o papel do Estado é apenas definidor de exceções. Quer dizer: o Estado aponta casos em que o direito não existe, devendo, porém ficar dentro do âmbito que o conceito supra-estatal de cada um desses direitos lhe deixa'.⁴²

A doutrina da proteção integral estabelece a titularidade dos direitos fundamentais, transformando crianças e adolescentes em sujeitos de direitos e ser sujeito de direitos significa para Pereira *deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos*.⁴³

⁴² MIRANDA, Pontes. *Comentários à constituição federal de 1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 2. 1967, p. 621-22.

⁴³ PEREIRA, T. S. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, p.15.

Afirma a autora que *perceber a criança e o adolescente como sujeito e não como objeto dos direitos dos adultos reflete, talvez, o maior desafio para a própria sociedade e, sobretudo, para o Sistema de Justiça.*⁴⁴

Na Convenção Internacional dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90 consta também um princípio dos mais importantes relacionado à proteção de crianças e adolescentes, dos vigentes no nosso país: o princípio do *melhor interesse da criança*. A Constituição Federal acolhe referido princípio no parágrafo 2º, do artigo 5º.

Para Pereira,

*Estamos diante de um especial desafio que exigirá do jurista a descoberta de subsídios básicos para estabelecer, em face das profundas mudanças ocorridas, uma orientação coerente diante das questões que se apresentam (...). Atualmente, as Constituições fixam princípios e linhas gerais para guiar o Estado e a vida em sociedade com a finalidade de promover o bem estar individual e coletivo dos seus integrantes, os quais são também dotados de validade positiva, não se reportando a um fato específico, mas atuando como indicadores de uma opção pelo favorecimento de um determinado valor. Portadores de dimensão ética e política, exigem um esforço muito maior que a mera aplicação de regras. O art. 6º do Estatuto, ao se referir especificamente à interpretação, declara que levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige repetindo a regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Ambos os textos legais propõe uma interpretação da lei pelo método teleológico, ou seja, de acordo com o fim a que ela se destina (...).*⁴⁵

Prossegue a autora *Interpretar uma lei ou um princípio de Direito é revelar o seu sentido apropriado para a vida real... No sistema de interpretação o jurista não pode se dispersar. Toda Doutrina refere-se à integração da norma mediante recursos fornecidos pela própria ciência jurídica.*⁴⁶

Emílio Garcia Mendez e Mary Beloff, apud Pereira, afirma que o princípio do melhor interesse da criança é considerado como um princípio jurídico garantista, ou seja uma garantia identificado como *vinculo normativo idôneo para assegurar a efetividade aos direitos subjetivos.*⁴⁷

⁴⁴ PEREIRA, T. S. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. p. 29.

⁴⁵ PEREIRA, T. S. Idem. Ibidem.

⁴⁶ PEREIRA, T. S. Idem, p. 23.

⁴⁷ MENDEZ, Emílio Garcia e BELOFF, Mary. In.: PEREIRA, T. S. Idem, p. 26.

*Vivemos os desafio de assumir, em definitivo, este princípio incorporado ao nosso sistema jurídico, desta feita dentro dos indicadores que oferecem uma nova dimensão à estrutura jurídica e política de proteção à infanto-adolescência.*⁴⁸

O artigos 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) traduzem o princípio do melhor interesse da criança. Vale citar os dispositivos legais:

Artigo 5º da Lei 8.069/90: *nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais.*⁴⁹

Artigo 6º da Lei 8.069/90: *Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.*⁵⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente incorporou as recomendações das Regras de Beijing e os princípios do art. 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU/1989 ao determinar que os Estados deverão tomar medidas úteis e necessárias à proteção da criança contra todas as formas de violência, de brutalidade física ou mental, de abandono ou negligência, de maus-tratos ou exploração, inclusive sexual. A Convenção recomenda a inclusão de dispositivos que responsabilizem os atores destes atos...⁵¹

Miriam Mesquita Publiesi de Castro apud Pereira anota:

*As ações violentas passam a ser entendidas como ações normais, uma vez que a sua formação básica foi marcada pela pedagogia do medo. Outras instituições que não a família e outros agentes sociais e institucionais tem desempenhado largo papel nessa trajetória perversa que vitimiza crianças e adolescentes, uma vez que são constantemente ameaçados e atemorizados por práticas violentas*⁵².

O abuso sexual tem merecido especial atenção dos operadores de direito e da sociedade em geral. Prevê o § 4º do art. 227 da Lei Maior que a lei punirá severamente

⁴⁸ PEREIRA, T. S. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. p. 28.

⁴⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90, art. 5º.

⁵⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90, art. 6º.

⁵¹ Convenção dos Direitos da Criança. Art. 19.

⁵² CASTRO, Miriam Mesquita Publiese. In.: PEREIRA, T. S. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. p. 16.

o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e adolescente. Da mesma forma, admite o art. 130 ECA a possibilidade de a autoridade judiciária determinar, como medida cautelar o afastamento do agressor da moradia comum, na hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável. Prevê também, o art. 395 do Código Civil a perda do Pátrio Poder ao pai ou a mãe que praticar atos contrários a moral e aos bons costumes.

*A violência contra a criança e, em especial, a violência sexual cobra da sociedade brasileira uma posição mais rígida nos que diz respeito à necessidades de serem implantadas novas maneiras de intervir junto a este grave problema, criando centros de atendimento, discutindo técnicas, e sobretudo, colocando profissionais capacitados a oferecer apoio técnico nas providências e nas decisões à disposição dos operadores do Direito.*⁵³

*O Estatuto destacou, especialmente, os destinatários da lei a serem considerados em suas características e prioridades: sua incapacidade para os atos da vida jurídica, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua titularidade de direitos fundamentais ... Esta condição especial deve garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.*⁵⁴

Pereira na obra “O melhor interesse da criança” aponta no nosso ordenamento jurídico os indicadores que definem o princípio do **melhor interesse da criança**. De acordo com a autora este paradigma tem norteado tratados e convenções humanitárias, da mesma forma que tem orientado, em todo o mundo, as decisões nos Tribunais. Informa que sua origem está no instituto do *parens patriae*, que era utilizado na Inglaterra como prerrogativa do Rei com o objetivo de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria. O instituto era usado para a defesa de pessoas que possuíam uma limitação jurídica como crianças, loucos, e outras pessoas desprovidas de discernimento suficiente à defesa de seus próprios interesses⁵⁵.

Informa Pereira⁵⁶ que o instituto do *parens patriae* era inicialmente utilizado no interesse do pai, passando posteriormente a preferencia a ser da mãe. A partir de determinado caso ressaltou-se que ao exercitar o *parens patriae* a preocupação não

⁵³ PEREIRA, T. S. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. p. 17.

⁵⁴ PEREIRA, T. S. Idem, p. 18.

⁵⁵ PEREIRA, T. S. Idem, p. 1-4.

⁵⁶ PEREIRA, T. S. Idem, p. 4.

deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. *O bem estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais....* Também nos Estados Unidos o princípio do *best interest* está vinculado às atribuições do Juiz quanto aos *parens patriae*. Ele emana da função tradicional do Estado como guardião daqueles que sejam legalmente incapazes. O poder, outrora conferido ao rei, foi agora transferido para cada Estado. Atualmente a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto. Cabe, no entanto, um alerta para o perigo de sua aplicação por fundar-se na subjetividade de cada Juiz, não deixando espaço para consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade. Com isso, pode-se concluir que não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o *melhor interesse*.

O direito da Criança e do Adolescente firmou-se com um Direito Especial, que através de uma integração com as várias disciplinas tem como objetivo principal a realização da justiça e do bem comum.

*Não se pode prescindir de se recorrer a outras ciências para prevenir violações e proteger direitos. É prioritária a integração entre as disciplinas, sobretudo, entre aquelas que diretamente irão contribuir para a proposta maior de proteção dos novos “sujeitos de direitos”. Encontraremos na Psicologia, Pedagogia, Medicina, Sociologia, etc., recursos técnicos e princípios dogmáticos para que os fins sociais previstos na Lei 8.069/90 sejam atingidos....*⁵⁷

*O Código Penal, por exemplo, no art. 246, tipifica o crime de abandono intelectual, ou seja, alguém deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária do filho em idade escolar. Isto reflete o dever dos pais de providenciarem as medidas apropriadas para que seu filho comece a freqüentar a escola. Nesta hipótese, o Estado age com base no maior interesse da criança em face da negligência dos pais...*⁵⁸

Como princípio ou novo paradigma o “melhor interesse” se apresenta em nosso sistema jurídico com seus próprios indicadores. Ao aplicá-lo, há que se considerar sua base constitucional e legal. Com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU/89 e a conseqüente incorporação do princípio do “melhor interesse” não se pode afastar a possibilidade de apontá-lo como um parâmetro importante

⁵⁷ PEREIRA, T. S. *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Ibidem.

⁵⁸ PEREIRA, T. S. Idem, p. 19.

neste momento de mudanças estruturais no que concerne à população infanto-juvenil no Brasil. O art. 41 da referida Convenção ao determinar que *nada do estipulado no seu texto afetará disposições que sejam mais favoráveis para a realização dos direitos da criança*. O Sistema Jurídico vigente indica importantes espaços para que seja implementado o referido princípio; no Código Civil, por exemplo, são inúmeras as regras que refletem a preocupação em favorecer os interesses do menor de idade, sobretudo, no âmbito familiar...⁵⁹

Há que se assumir, definitivamente, a nova doutrina jurídica como a substituição do *subjetivismo* pelo *garantismo*, considerando a cidadania infanto-juvenil como *integrante basilar do princípio da Proteção Integral*. *O garantismo é o fim do subjetivismo por prescindir do arbítrio subjetivo, ante a baliza forte e estável da lei. Trata-se, sem dúvida, do primado dos direitos e do reconhecimento da criança e do adolescente como titulares destas obrigações do Estado, da sociedade e da família.*⁶⁰

De acordo com Cadernatori,

*(...) temos na Carta Maior não apenas as garantias estampadas no Título específico da Constituição (Título II: 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais', arts. 5º e 17), mas também garantias implícitas decorrentes tanto do modelo e Estado Constitucional de Direito, na medida em que este é entendido como sistema de garantias, quanto de preceito constitucional expresse (art. 5º, parágrafo 2º).*⁶¹

A doutrina da proteção integral, traduzida pela Constituição brasileira, consagra o princípio do dever da família, da sociedade e do Estado de garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente. É redundante lembrar que, a rigor, a Constituição não estabeleceu esses Direitos, mas apenas os traduziu, porquanto revestidos de caráter supraestatal, a dispensar menção expressa. Todavia, é imenso o mérito da Carta de 1988 nesse tocante, posto que a noção de que esses direitos existem, como no dizer de Pontes de Miranda, “apesar da lei” ou independente de lei, não é de compreensão geral. Assim, a inscrição no texto tem o condão de tornar indiscutível o princípio ali descrito.

⁵⁹ PEREIRA, T. S. *Direito da Criança e do Adolescente - uma proposta interdisciplinar - o direito de ser criança e adolescente*. p. 28.

⁶⁰ PEREIRA, T. S. *Idem*, p. 16.

⁶¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 172.

Além do mais, a descrição pormenorizada dos direitos, com a ressalva de proteção de quaisquer outros no interesse da criança e adolescente, dá uma caráter mais imperativo, instrumentalizando o Estado, a sociedade e a família para a efetiva promoção das medidas protecionistas.

Fato sintomático da dificuldade de implantação desses enunciados está na constatação de que algumas leis ordinárias, como o Código Penal, ainda mantém dispositivos que se opõe à doutrina da proteção integral, tal como se dá com a aparente vigência do artigo 225 que prevê a ação penal privada nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, como se a ofensa à dignidade e à saúde psíquica da criança e do adolescente não comprometessem direitos fundamentais. Não tivesse a Constituição traduzido expressamente esses direitos, mais distante se estaria de sua efetiva implantação.

Saliente-se que os direitos de crianças e adolescentes são, por sua natureza, indisponíveis.... Na esfera cível está prevista, no artigo 201, V, do Estatuto da Criança e do adolescente a legitimação do Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência

A indisponibilidade desses direitos está no fato de serem declarados de interesse público. Não houvesse essa declaração expressada no artigo 227 da Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda assim seriam indisponíveis, pela condição de serem fundamentais.

A concepção adotada é a de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, desta forma, se considera a lei o instrumento de combate à violação de direitos, através da regulação e coibição à violência praticada pelo violador e pela sociedade... Nestes termos, articular a noção de direitos x violência sexual possibilita a delimitação do público alvo das políticas sociais para a viabilização da prevenção, proteção, defesa e atendimento à criança e ao adolescente, conforme prevê o ECA e a legislação internacional, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶².

Coube à Antônio Fernando do Amaral e Silva⁶³ a sua configuração do mundo jurídico: *novo ramo, criado a partir da Constituição de 88, inspirada na Doutrina*

⁶² LEAL, Maria Lucia Pinto. *Exploração sexual comercial de meninos, meninas e de adolescentes na América Latina e Caribe*. Relatório final. Brasília: Ministério da Justiça, 1999.

⁶³ AMARAL e SILVA, Antonio Fernando. *O estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 263.

*da Proteção Integral e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente prende-se aos princípios gerais, às regras técnicas do Direito, aos conceitos da Ciência Jurídica, buscando a realização do justo, do bem comum, da equidade. Integrado às novas concepções científicas, o Direito da Criança e do Adolescente permitirá uma reorganização de estudos e pesquisas, objetivando para o terceiro milênio a reconciliação do ser humano com ele próprio e com a realidade do novo tempo.*⁶⁴

*Novos paradigmas passaram a orientar o Direito da Criança e do Adolescente, esboçando a partir daí uma nova especialidade dentre as Ciências Jurídicas.*⁶⁵

*Assim, tratando-se do Direito da Criança e do Adolescente fundado em Direitos Fundamentais Constitucionais, tais como Educação, Saúde, Liberdade, Dignidade, Cultura, Lazer, Esporte, etc., não se pode prescindir de recorrer a outras ciências para prevenir violações e proteger direitos. É prioritária a integração entre as disciplinas, sobretudo entre aquelas que diretamente irão contribuir para a proposta maior de proteção dos novos 'sujeitos de direitos'. Caberá ao interprete das normas do Estatuto um efetivo desafio, considerando, especialmente, o comando do artigo 6º ECA: 'na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.' Buscando o fim a que se destina o Estatuto, ou seja, a proteção dos interesses da criança e do adolescente, deve-se ter em conta a condição peculiar de seus destinatários: pessoas em fase peculiar de desenvolvimento.*⁶⁶

Ao buscar a integração deste novo ramo do Direito às outras áreas das Ciências Humanas, caberá ao Direito da Criança e do Adolescente incorporar os resultados de várias disciplinas, assumindo seus esquemas conceituais para integrá-los, após destacado trabalho de comparação e avaliação. Partindo de princípios fundamentais comuns a todas as ciências conexas, caberá ao jurista fixar através da disciplina das relações humanas, a unidade fundamental desses princípios para que todas as ciências delas se utilizem, unindo-se numa finalidade comum:

⁶⁴ PEREIRA, T. S. *Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar - o direito de ser criança e adolescente*. p. 39.

⁶⁵ PEREIRA, T. S. *Idem*, p. 28.

⁶⁶ PEREIRA, T. S. *Idem*, p. 38.

*através de uma equação proporcional entre direitos e obrigações do Estado, da sociedade e da família seja assegurada especialmente, com prioridade absoluta, a proteção de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento.*⁶⁷

⁶⁷ PEREIRA, T. S. Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar - o direito de ser criança e adolescente. p. 39.

CAPÍTULO II

OS CRIMES SEXUAIS PRATICADOS CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

No presente capítulo se pretende situar os crimes contra a liberdade sexual no ordenamento jurídico vigente e verificar como se processa a ação penal nestes delitos, mormente quando o fato é praticado contra a criança e o adolescente. Muito embora se tenha limitado o tema trabalhado aos crimes considerados mais graves dentre aqueles conhecidos como “contra os costumes” pode-se aplicar e estender, no que for cabível, a outros tipos penais as considerações a seguir expostas.

2.1 - Os Crimes Contra a Liberdade Sexual no Código Penal Brasileiro

Como crimes contra a liberdade sexual, previstos no Código Penal Brasileiro, estão o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude e o atentado ao pudor mediante fraude, previstos nos artigos 213 a 216, do mencionado estatuto legal. Referidos crimes estão previstos no capítulo I, inseridos no título VI, da parte especial, do Código Penal, que dispõe sobre os crimes contra os costumes.

Inicialmente é preciso que se busque o significado do que é, no sistema vigente, denominado “crime contra os costumes” e também que se compreenda o contexto em que nasceram os dispositivos de lei e quais as razões históricas da sua existência. Também, é preciso que se reflita até que ponto as disposições legais mencionadas tem

aplicação na atualidade e se, efetivamente, existe a necessidade da tutela jurídica do Estado para os tipos penais em questão.

Conforme ensina Noronha⁶⁸, um dos juristas brasileiros que com maior profundidade abordou os crimes contra os costumes, o elemento essencial com o qual a disciplina do instinto sexual contou, desde o início da civilização, foi o pudor, que surgiu em decorrência de fatos diversos que se apresentaram no decorrer dos tempos. O pudor passou a se constituir como sentimento não apenas do indivíduo mas também da coletividade, ditando regras a serem seguidas a fim de se tutelar o instinto de conservação e de reprodução. Outro bem que passou a ser protegido é a liberdade sexual, diante do direito do indivíduo de, na área sexual, dispor de seu próprio corpo. Dispõe o mencionado autor:

*(...) não é o pudor apenas sentimento do indivíduo, pois pertence também a coletividade. Oferece, então, a modalidade que se denomina pudor público, o qual difere do pudor individual ou privado, já que se refere à vida em público, a qual está condicionada a exigências próprias e que requer do indivíduo a observância de um comportamento que não necessitaria ter se vivesse isoladamente. A vida social necessita da moralidade pública, conjunto de normas que ditam o comportamento a ser observado nos domínios da sexualidade. Primeiramente, surgem como princípios de ordem ética, para depois se tornarem jurídicos. Impedem aquelas manifestações que constituem desvio ou aberração da função sexual normal, quer sob o ponto de vista biológico, quer sob o social. O Estado por certo não se pode mostrar indiferente à tutela da moralidade pública e dos bons costumes.*⁶⁹

Noronha afirma que a lei penal repressiva, no que é essencial, não se diferencia das normas de natureza moral. Entretanto,

*a sanção que lhe reserva se destina exclusivamente àqueles atos que transgridem o mínimo ético, exigido do indivíduo em sua vida de relação. Preocupa-se a lei, em regra, com os fatos atentatórios da liberdade sexual e da maturidade, com os da degeneração do instinto, da corrupção, da estabilidade e organização da família e do pudor público.*⁷⁰

O mesmo autor, ao comentar o crime de estupro, faz um apanhado de como referido delito era apenado por outras civilizações. Relata que na legislação hebraica ao estuprador aplicava-se a pena de morte, se a mulher fosse prometida em casamento

⁶⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 14.ed., São Paulo: Saraiva, v. III, 1981, p. 100.

⁶⁹ NORONHA, E. M. Idem, p. 100.

⁷⁰ NORONHA, E. M. Idem, Ibidem.

(desposada), e caso contrário (se não desposada) além de pagar um dote, ao pai da mulher, ainda era obrigado ao casamento para viver com ela sem direito à abandoná-la. No Egito se apenava o estupro com a mutilação. Na Grécia, no direito romano, na Espanha e na Inglaterra a pena era a morte, sendo posteriormente substituída, pelas antigas leis inglesas que previam a castração e pelo vazamento dos olhos.⁷¹

¶ No Direito Brasileiro atual a penalização de mencionado delito e também do crime de atentado violento ao pudor, tipos paradigmáticos no que se refere a crimes contra os costumes, é considerada rigorosa, em relação aos demais crimes previstos na legislação, mormente após o advento da lei dos crimes hediondos que os relacionou em seu rol de delitos.

A palavra costumes no nosso Código Penal, conforme Noronha, deve ser entendida como (...) *a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais*. Informa o autor que *os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo, nesse setor de sua vida de relação*.⁷²

Fragoso assevera que: *a palavra costumes empregada pela lei vigente significa moral pública sexual, que é, em última análise, o bem jurídico penalmente tutelado*.⁷³

Para Noronha:

(...) o Código, em geral, se houve com acerto. Imprecisão, lacunas e deficiências, como qualquer outra lei, por certo, apresenta, porém, não se há de negar justiça ao legislador que, não rompendo com o passado, não olvidando nossa tradição em matéria de costumes soube, entretanto, situar devidamente a lei no tempo, evitando demasias dos estatutos anteriores, prevendo com novas normas, fatos delituosos por eles esquecidos e, desse modo, melhor provendo a tutela da objetividade jurídica genérica, que é a defesa dos costumes, ou seja, o mínimo da ética social exigida na vida em sociedade.⁷⁴

No entanto, para Fragoso,

As disposições do nosso CP nesta matéria são extremamente repressivas e representativas de uma mentalidade conservadora, incompatível com os tempos modernos. O critério que hoje domina a incriminação de tais fatos é o do efetivo dano social, sendo

⁷¹ NORONHA, E. M. *op. cit.*, p. 106-7.

⁷² NORONHA, E. M. *Idem*, p. 102.

⁷³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 2 1988, p. 3-4.

⁷⁴ NORONHA, E. M. *op. cit.*, p. 104.

*inteiramente injustificável a repressão penal de comportamentos considerados imorais pelos que tem o poder de fazer as leis. Vivemos em um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, consequência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores. Na aplicação da lei os juizes devem estar atentos ao envelhecimento e desatualização da lei, procurando interpretá-la em consonância com uma visão moderna, que corresponda às exigências dos novos tempos.*⁷⁵

Entretanto, para Veronese, os crimes sexuais foram classificados, de acordo com o Código Penal de 1940, como crimes contra os costumes, segundo a moral daquela época e o fato desta moral ter sofrido tantas transformações na sociedade moderna, o que não se nega, tem sido usado como argumento para justificar a omissão da sociedade e do Estado nesta esfera. Entende, a autora que os crimes dessa natureza praticados contra criança e a adolescente não ferem só a moralidade pública, mas sim a integridade física e psíquica destes, não sendo admissível a concepção que a exploração sexual de crianças e adolescentes seja uma questão a ser avaliada simplesmente como um problema moral⁷⁶.

De acordo com Veronese,

*Não é possível concebermos que o problema de meninos e meninas de 7, 8 anos que são sexualmente explorados, muitas vezes à força, seja uma questão simplesmente "moral". É bem mais do que isso, é uma situação de horror, de barbárie.*⁷⁷

Veronese afirma que a negligência no Brasil, no que se refere à exploração sexual infanto-juvenil, é um flagrante desrespeito à nossa Carta Magna, à Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada no ano de 1990, e ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Diz que tal negligência parte de: *uma profunda negação dos direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo tendo-se em conta que essa negativa de cidadania atinge justamente aqueles que são merecedores de proteção especial e integral, por estarem num processo de desenvolvimento.*⁷⁸

Aduz a autora que o sistema político é condescendente com os abusos existentes e embora a solução do problema da prostituição infantil necessite de uma ação

⁷⁵ FRAGOSO, H. C. *op. cit.*, p. 3-4.

⁷⁶ VERONESE, J. R. P. *Temas de direito da criança e do adolescente*. p. 41.

⁷⁷ VERONESE, J. R. P. *Idem*, p. 42.

⁷⁸ VERONESE, J. R. P. *Idem*, p. 42-3.

conjunta da sociedade e do Estado, não sendo alcançável a curto prazo, não se deve usar disso como argumento para nada fazer. Entende que a fiscalização é necessária, sem prejuízo, entretanto, da responsabilização penal. Conclui afirmando que pensar em resolver esse problemas através da prevenção penal é uma ilusão, pois além dos elevados custos sociais o rigor da lei não implica na sua efetividade⁷⁹.

Beccaria apud Veronese afirma:

*Não é o rigor do suplicio que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplicio terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.*⁸⁰

Os crimes contra a liberdade sexual estão elencados entre os crimes contra os costumes. Buscou o legislador, ao criar referidos tipos penais, defender a liberdade sexual do indivíduo. A lei penal foi instituída com a finalidade de proteger o direito da livre escolha em matéria sexual, consagrando o livre consentimento como elemento indispensável para a não caracterização dos ilícitos descritos como crimes contra a liberdade sexual. A violência (física ou moral) e também a fraude são considerados elementos constitutivos dos tipos penais, descritos no capítulo já referido, e o direito protegido é o da livre disposição do próprio corpo.

Ensina Fragoso ao tratar dos crimes contra a liberdade sexual: *O bem jurídico tutelado nesta espécie de crimes é a livre disponibilidade do próprio corpo em matéria sexual. Pode-se dizer que a lei aqui protege basicamente um bem-interesse pessoal, o da inviolabilidade carnal contra atos violentos e abusivos, entendendo que tais atos ofendem a moral pública sexual.*⁸¹

Os tipos penais que ocorrem com mais frequência, no que se refere a este gênero de delito, são os crimes de estupro (art. 213) e de atentado violento ao pudor (art. 214). Nos dois crimes citados o constrangimento se dá através da violência física (*vis absoluta* ou *vis corporalis*) ou da violência moral, sendo que esta se apresenta como grave ameaça (*vis compulsiva*). A violência exigida pela lei é aquela exercida de modo a

⁷⁹ VERONESE, J. R. P. *Temas de direito da criança e do adolescente*. p. 43.

⁸⁰ BECCARIA, Cesare. In.: VERONESE, J. R. P. *op. cit.*, p. 44.

⁸¹ FRAGOSO, H. C. *op. cit.*, p. 5.

impossibilita a resistência da vítima. Muito embora, por vezes, se ignore, na prática, o forte elemento de violência moral que sempre acompanha a violência física, não há como se negar a sua incidência. Aliás, nos crimes de que se está tratando, a pressão psicológica, caracterizada principalmente pelo medo que acompanha o ato criminoso é inquestionável, mormente pela qualidade do bem jurídico tutelado que é a liberdade sexual.

Noronha ao tratar do ato libidinoso afirma que geralmente é *inspirado pela concupiscência e destinado à satisfação do instinto sexual, em suas proteiformes manifestações. De fato, a sensualidade manifesta-se sobre as mais variadas formas, ao sabor da personalidade do agente, todas elas excitando e aguçando o apetite carnal ou proporcionando o gozo e saciando a paixão. Quando incidem sobre outra pessoa, atentam contra o pudor e atingem a liberdade sexual.*⁸²

Hungria ao comentar acerca da violência prevista no artigo 213 do Código Penal, afirma: *Violência é a “necessitas imposita contraria voluntati”, e tanto se exerce pelo emprego de força física, como pela ameaça, pela intimidação, pelo incutimento de medo.*⁸³

Continua Hungria, ao tratar da violência exercida mediante a ameaça, também chamada de *vis compulsiva*:

*(...) Neste último caso, temos a ameaça ou violência moral, isto, é, a manifestação (por palavras, atos ou sinais) do propósito de causar a alguém um mal... Suprime ou inibe a faculdade psíquica da volição, a capacidade moral de resistência. Pode ocasionar até mesmo uma paralisia transitória, impossibilitando a fuga ou defesa da vítima... Mesmo quando há emprego de violência material, é quase sempre o medo que decide: medo de continuar a sofrer essa violência, medo ante a ameaça contida na brutalidade do agente.*⁸⁴

Noronha afirma que:

Ao passo que a violência física é exercida contra a vítima, produzindo um estado de constrição material, a ameaça não lhe tira a liberdade física, que permanece inalterável, mas dirige-se ao querer, à vontade própria e livre, anulando-a pelo temor de grave dano. Como ensina Manfredini, o que se deve exigir na ameaça é sobretudo a idoneidade para obter o efeito moral visado. A defesa dos interesses sociais exige atenção à pessoa da vítima. Com regras apriorísticas só se poder facilitar a impunidade. Aquilo que para mulher de ânimo forte não será ameaça grave e séria, para

⁸² NORONHA, E. M. *op. cit.*, p. 128.

⁸³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 120-1.

⁸⁴ HUNGRIA, N. *Idem*, p. 121.

*outra, tímida e sugestionável, poderá constituir grave coação, capaz de levá-la ao fim querido pelo sujeito ativo. Em suma: o que se deve exigir é a apreciação da idoneidade da ameaça em relação à pessoa ofendida, tendo-se em consideração sua idade, instrução, condição social, temperamento, etc.*⁸⁵

O elemento objetivo, dos tipos em questão, é o constrangimento, que se caracteriza pela conduta de forçar, de obrigar, o que implica necessariamente no dissenso sincero do ofendido em relação ao ato desejado pelo agressor. Este dissenso é dispensável quando o ofendido tem menos de 14 anos, eis que nesse caso a violência é presumida.

Ao comentar o crime de atentado violento ao pudor Noronha observa:

*Não é necessário que o sujeito passivo tenha ciência do ato libidinoso, isto é, compreenda o seu alcance. A liberdade sexual, a disponibilidade carnal que a lei protege não deixa de ser, por esse motivo, ofendida. A ofensa ocorre havendo disposição corpórea da vítima sem sua vontade. É exato que em casos de insciência absoluta do ofendido, como, p. ex., quando se trata de alienado em que não haja o mais insignificante lampejo de razão, não se pode falar tenha sido seu pudor atingido. Mas lesado é o direito de disponibilidade carnal, de liberdade sexual, que não perde por ser privado das faculdades psíquicas. Aliás, exigir a compreensão do ato libidinoso por parte da vítima, seria postergar todo o art. 224, quando a lei presume a violência em casos em que será absoluta a insciência do sujeito passivo. Seria também acoroçoar pela impunidade os mais temíveis delinquentes, os mais perversos criminosos que freqüentemente se valham sua lubricidade em vítimas que lhes não opõem resistência, justamente por não terem alcance do ato contra elas praticado. Como em todo crime, a pessoa da vítima deve merecer apurada atenção do juiz. O sexo, a educação, a conduta moral tem que ser sempre apreciados, uma vez que a gravidade do ato varia consoante essas e outras circunstâncias. Um ato imoral praticado entre pessoas de sexo diferente constituindo atentado ao pudor, pode não assumir esse caráter se os protagonistas forem do mesmo sexo.*⁸⁶

Dispõe o artigo 224 do Código Penal que se presume a violência quando a vítima não é maior de catorze anos; é alienada ou débil mental e o agente conhecia esta circunstância e quando a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Nestas hipóteses não é necessária a ocorrência de violência real, eis que a violência é considerada ficta ou presumida. A tendência da doutrina e jurisprudência, nesta espécie de

⁸⁵ NORONHA, E. M. *op. cit.*, p. 120.

⁸⁶ NORONHA, E. M. *Idem*, p. 127.

violência, segundo Delmanto⁸⁷, é a de lhe conferir valor relativo e não absoluto, mencionando ser este o entendimento de Nelson Hungria e Magalhães Noronha.

O Código de 1830 não contemplou a presunção de violência e o de 1890 previa apenas com relação à idade de dezesseis anos, sendo que o estatuto repressivo atual é que adotou além do critério da idade, outros ainda.

De acordo com Noronha: *Tal presunção origina-se da menor possibilidade de defesa que tem a vítima e, como sói acontecer, maior se torna então a defesa pública, através da lei, onde a defesa particular inexistente ou é por demais precária.*⁸⁸

✱ Com relação ao limite de 14 anos imposto para a violência presumida, anota Mirabete que, embora não se olvide que alguns menores nesta idade já possuam maturidade sexual, o mesmo não acontece em relação ao desenvolvimento psicológico, sendo o fundamento do dispositivo a ausência de conhecimento por parte do menor do ato sexual e de suas consequências, razão pela qual não é válido o seu consentimento.⁸⁹

✱ A jurisprudência pátria considera o consentimento do menor de 14 anos nulo, sendo irrelevante o seu consentimento para qualquer dos delitos aos quais se aplica o artigo 224 do Código Penal.

Várias legislações tem adotado o critério da idade para a presunção da violência. Entretanto, o limite de idade diverge de legislação para legislação.

Noronha afirma que *o Código italiano passado adotou o de 12 anos e o atual fixa em 14. A lei espanhola presume a violência quando a vítima for menor de 12 anos, igual critério seguindo também o atual Código argentino.*⁹⁰

✱ Noronha relata que a fixação de limite de idade para a presunção de violência não tem sido aceita pela totalidade dos juristas. Informa que se argumenta que:

(...) fixando-se idade certa para a presunção, nem sempre esse limite estará de acordo com o desenvolvimento do indivíduo que varia de pessoa para pessoa, consoante os fatores étnicos, mesológicos etc. O Código Penal soviético esposou o critério da maturidade sexual, punindo as relações carnavais com a vítima que ainda a não atingiu. Outros, entretanto, tem impugnado tal sistema, considerando ser perigoso deixar à apreciação do juiz

⁸⁷ DELMANTO, Celso e outros. **Código penal comentado**. 5.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 431.

⁸⁸ NORONHA, E. M. *op. cit.*, p. 217.

⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 1314.

⁹⁰ NORONHA, E. M. *op. cit.*, p. 217.

*caso por caso a capacidade da ofendida, alegando ainda que a madurez fisiológica, por si, não é índice de consentimento capaz e válido da vítima. Nossa lei, como se vê, seguiu a grande maioria das legislações, marcando um limite abaixo do qual não aceita a adesão ou o consentimento do menor, tendo-o antes como violentado pelo sujeito ativo do crime. O fundamento da presunção, como se lê na exposição de motivos é **innocentia consilii** do ofendido. Tomou o legislador como base completa insciência dos fatos sexuais, a impossibilidade de consideração quanto aos efeitos por eles produzidos. Considerou que abaixo deste limite não é dado ao agente valer-se da aquiescência do menor, tido como incapaz de querer, impossibilitado de livre aceitação desse ato que desconhece e, assim, pelo inciso em apreço, a lei pune o agente, tendo em vista não poder ele ignorar ser o menor protegido no pudor e nos costumes e que, pela própria impossibilidade de eficazmente se defender a ação criminosa contra ele avulta no caráter anti-social e abjeção (...).*⁹¹

A presunção de violência tem sido criticada por diversos autores.

Fragoso⁹² informa que Carrara, com todo seu talento e cultura, foi um dos que combateu a teoria da equiparação ou da presunção de violência, afirmando a existência de uma diferença moral entre o mal exercido quando se vence uma resistência renitente e quando se ilude uma pessoa “inexperiente ou débil mental”.

Fragoso entende que:

*A presunção da violência deve desaparecer da lei, pois dá lugar a soluções injustas não tendo correspondência, por vezes, na realidade. O abuso sexual dos incapazes de consentir ou de opor resistência deve dar lugar a uma figura de delito específica à semelhança do que ocorre em certas legislações estrangeiras.*⁹³

Zeidan afirma que:

O preceituado no art. 224, “a”, do Código Penal não traduz a realidade social do momento de sua elaboração. Trata-se de questão óbvia e primária à ciência jurídica, pois os fatos são dinâmicos, evoluem constantemente, mas a lei é estática. Assim, o passar do tempo torna a lei ineficaz, aliás, a maior parte de nossa legislação precisa ser reformulada exatamente por esta razão, e, isto implica que não optar pela reformulação penal da presunção de violência por motivo etário, seria acomodar no pensamento retrógrado sob o rótulo de que o Direito; é extremamente cauteloso, mas que na verdade ao meditarmos sobre a relação sociedade-direito, cristaliza-se meramente o misoneísmo...O ideal,

⁹¹ NORONHA, E. M. *op. cit.*, p. 218-9.

⁹² FRAGOSO, H. C. *op. cit.*, p. 43.

⁹³ FRAGOSO, H. C. *Idem*, p. 43.

*ao meu ver, é o banimento do instituto da presunção da violência em sua íntegra, pelo puro e simples motivo de inconstitucionalidade. Entretanto, na pior das hipóteses, que se ache um meio termo razoável, no que tange à faixa etária limítrofe da presunção de violência que corresponda com a realidade social vigente, qual seja, aquela revelada pelos motivos primeiros do legislador em proteger a **criança**, e como já retro-mencionamos, criança segundo o ECA é a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos (...).*⁹⁴

A questão do acerto ou não do legislador ao adotar o critério da presunção da violência, que não é objeto do presente trabalho e o mérito desta questão, sem dúvida, há de ser apreciado para eventual reforma do Código Penal. Entretanto, como diz Noronha, referida presunção surgiu como instituto de defesa daquele cuja defesa inexistia ou é precária, tornando-se importante salientar que o dispositivo apresenta-se, na maioria dos casos, inútil para o objetivo pelo qual foi criado diante do grande número de crimes de abuso sexual de crianças e adolescentes que sequer chegam a ser apreciados pela justiça diante da aplicação isolada do Código Penal e Processual Penal que estabelecem a ação penal privada ou condicionada à representação para os crimes contra os costumes, independente da idade da vítima.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, descritos nos artigos 213 e 214 e suas combinações com o artigo 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são considerados pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, como crimes hediondos e por isso insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória. O artigo 9º da mencionada lei dispõe também que as penas dos já citados crimes serão acrescidas de metade, respeitado-se o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no artigo 224 do Código Penal, ou seja, no caso de violência presumida.

Uma questão que inicialmente gerou polêmica mas que se encontra pacificada em decorrência da Lei 9.281/96 (que revogou expressamente os parágrafos únicos dos artigos 213 e 214, do Código Penal) foi o da revogação (implícita) ou não do artigo 263, da Lei 8.069/90 - (Estatuto da Criança e do Adolescente), pelos dispositivos da Lei 8.072/90 - (Lei dos Crimes Hediondos), no que pertine à alteração de penas nos artigos 213 e 214, do Código Penal.

⁹⁴ ZEIDAN, Rogério. **Presunção de violência por motivo etário**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Boletim nº 64, ano VI, mar./1998, p. 2.

A Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) de 13 de julho de 1990, que através de seu artigo 263 majorava as penas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando a vítima fosse menor de quatorze anos, ainda não estava em vigor quando sobreveio a Lei 8.072/90 de 25 de julho de 1990, que entrou em vigor no dia da sua publicação, ou seja, durante a *vacatio legis* da Lei 8.069/90 e tratou da mesma matéria eleita na lei anterior (que ainda não estava em vigor) agravando severamente as penas para os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor praticado contra vítima menor de quatorze anos, sendo o dispositivo da Lei 8.069/90 revogado antes mesmo de entrar em vigor.

A explicação legal para revogação mencionada era, segundo Mirabete⁹⁵ a da aplicação da regra de que a lei posterior revoga a anterior e que o momento a ser observado para a verificação, de qual é a lei anterior e qual a posterior, é o da promulgação. Entre o Estatuto da Criança e do Adolescente que foi promulgado em 13/07/90 para entrar em vigor noventa dias após e a Lei dos Crimes Hediondos que foi promulgada em 25/07/90, entrando em vigor em seguida, prevalece a Lei dos Crimes Hediondos para revogar o disposto na lei promulgada antes, no que forem incompatíveis as duas leis.

Alguns juristas defendiam o entendimento contrário, no sentido da aplicação do disposto no artigo 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente apesar da Lei dos Crimes Hediondos. O faziam por entender que o artigo 9º da Lei 8.072/90 feria a Constituição Federal ao violar o princípio da individualização da pena, além de outras razões secundárias.

Apesar de respeitáveis opiniões no sentido de defender a não revogação do dispositivo do Estatuto da Criança e Adolescente os tribunais, na sua maioria, passaram a proferir decisões no sentido contrário, usando principalmente o argumento lógico de que é necessário se buscar entender e acatar o espírito da lei (Estatuto da Criança e do Adolescente) que objetivava dar tratamento mais rigoroso ao agente do crime praticado contra menor de quatorze anos.

⇒ Entretanto, com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, se fosse aplicado o dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente o agressor de pessoa adulta seria apenado mais gravemente que o agressor de menor de quatorze anos, o que se constituiria

⁹⁵ MIRABETE, J. F. *op. cit.*, p. 2924

em verdadeiro contra-senso.

⌈ Sem dúvida a aplicação do dispositivo da Lei 8.069/90 iria de encontro ao bom senso e à lógica, eis que uma lei que pretendia penalizar mais gravemente o agressor de menor de quatorze anos seria utilizada em benefício desse agressor, desvirtuando-se o sentido verdadeiro pelo qual o dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado, ou seja, objetivando a defesa e proteção de crianças e adolescentes vítimas de crimes de estupro e atentado violento ao pudor. A lei que foi criada para beneficiar crianças e adolescentes seria utilizada em seu prejuízo.

Saliente-se aqui a questão da importância da interpretação da lei, no sentido de se entender e obedecer ao seu espírito, que se constituiu em fator relevante observado pelos Tribunais pátrios e que permite que a norma cumpra a sua real função.

É da jurisprudência:

A Lei 8.072 foi promulgada em 25/07/90, durante a vacatio da Lei 8.069, cuja promulgação data de 13 daquele mês e ano. O primeiro diploma, pois revogou o segundo, no que tange às penas cominadas aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos (art. 263, itens 4 e 5), antes mesmo de entrar em vigor, como decorre da correta exegese do art. 2º, § 1º, da LICC e da "lógica do razoável". De efeito, não teria sentido que, ignorando a norma do art. 227, § 4º, da Constituição da República, expressa no determinar a punição severa do abuso, da violência e da exploração sexual da criança e do adolescente, o legislador ordinário considerasse crimes hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor contra maiores de catorze anos e não sujeitasse à mesma qualificação os atentados sexuais contra crianças indefesas.⁹⁶

Adriano Augusto Streicher de Souza⁹⁷, Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso, na defesa de que a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados contra menores de quatorze anos é incondicionada, a teor do disposto no artigo 227, do Estatuto da Criança e do adolescente, esposou a tese de que o artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos não revogou o artigo 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na parte em que alterou a pena dos artigos 213 e 214, do Código Penal. O motivo da assertiva consiste na redação do artigo 9º, da Lei 8.072/90, que se refere ao

⁹⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Dante Busana. RJTJSP 138/513.

⁹⁷ SOUZA, Adriano Augusto Streicher. Estupro e atentado violento ao pudor praticados contra vítima menor de 14 anos – correlação entre as Leis 8.069/90 e 8.072/90 – uma nova visão. Revista dos Tribunais, 707/420. Disponível em: <<http://www.geocities.com/collegepaark/6410/doutri13.htm>>. Acesso em 20 julho 2000.

artigo 213, caput e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, bem como ao **artigo 214 e sua c/c 223, caput e parágrafo único**, entendendo o autor que se o objetivo da lei fosse realmente o de revogar os parágrafos únicos dos artigos 213 e 214, na redação do artigo 9º (Lei 8.072/90) logo após os artigos 213 e 214 constariam as palavras “parágrafo único” e não apenas após o artigo 223, conforme consta na redação legal.

Mesmo que, como afirma Streicher de Souza, não tivessem os dispositivos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente sido revogados, ainda assim não se aplicaria o artigo 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a ação pública incondicionada aos crimes previstos na Lei 8.069/90, posto que o artigo 263 da mencionada lei não trata de crime em espécie e sim de simples “alteração de pena” para crimes previstos no Código Penal.

Muito embora pensando de modo diverso, saliente-se a preocupação do membro do Ministério Público que, na labuta do dia a dia, pode perceber o grande número de crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados contra crianças e adolescentes, seguindo impunes os autores de referidos delitos em decorrência do entendimento de que a ação penal, nestes casos, é privada ou condicionada à representação.

2.2 - A Violência Sexual Sofrida por Crianças e Adolescentes

Inicialmente se faz necessária a conceituação do termo violência para que se possa verificar, especificamente, o significado da violência sexual sofrida por crianças e adolescentes, que em decorrência da ausência de interpretação dos dispositivos penais em vigor em face da nova Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem deixado ao desamparo estes novos cidadãos brasileiros e permitido a impunidade daqueles que, violando facilmente os direitos dos mais frágeis, perpetuam esta espécie de violência ante a confiança de que a lei não os alcançará.

Para Bobbio⁹⁸ a violência é entendida como a intervenção física voluntária de um indivíduo ou grupo contra outro ou outros, que tem por objetivo a destruição, a ofensa ou a coação. O autor afirma que a violência distingue-se do poder, eis que a violência atinge o estado físico do indivíduo, enquanto que o poder implica na alteração da conduta de outrem, na qual está presente, ao menos, um mínimo de vontade. Para Bobbio deve diferenciar-se também a violência do poder coercitivo e da manipulação, afirmando que sem dúvida a palavra violência é empregada, muitas vezes, em sentido diverso daquele apresentado por ele, haja vista a ampla gama de significados da palavra advindos da linguagem comum, pois: “os poderes de coerção e de manipulação são todas as relações nas quais quem exerce o poder obriga o outro, abertamente ou de maneira velada, a manter uma conduta desagradável e por isso, de qualquer modo, faz Violência a sua vontade.” Bobbio entende que as palavras “coerção” e “manipulação” são mais indicadas para designar as relações de poder indicativas de opressão das quais comumente se usa para exprimir o termo violência, preferindo usar a definição restrita e técnica, do termo, apresentada inicialmente.

Para Veronese violência é a antítese dos direitos humanos que podem ser conceituados como *um conjunto de princípios garantidores da dignidade humana, princípios estes voltados para a não-agressão, a não-degradação da espécie humana.*⁹⁹

Afirma a autora que o processo de violência se inicia a partir do momento em que se obstaculiza ao homem o seu desenvolvimento pleno, podendo se manifestar de diversas maneiras. Com relação à infância e juventude as formas de violência que mais se destacam são os maus-tratos e a violência sexual e, apesar das estatísticas por si só revelarem a gravidade do problema, a situação é ainda pior diante da consciência de que grande número de casos não chegam a ser noticiados constituindo-se na chamada “cifra negra da violência”.¹⁰⁰

A vitimização da infância tem como maior responsável a violência familiar, estimando-se que 70% dos casos de agressões contra crianças aconteçam justamente no interior da família, na maioria das vezes assinalada pelo chamado “pacto de silêncio”.¹⁰¹

⁹⁸ BOBBIO, Norberto e outros. **Dicionário de Política**. 10.ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p.1291.

⁹⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1997, p. 19.

¹⁰⁰ VERONESE, J. R. P. Idem, p. 20.

¹⁰¹ VERONESE, J. R. P. Idem, Ibidem.

Avalia-se que 1% a 2% da população infantil do planeta, independente de classe social, cultura ou época, é vítima de alguma forma de agressão e o ambiente familiar que deveria ser aquele em que a criança encontra carinho e proteção, suficientes para garantir o seu desenvolvimento, tem sido, de forma paradoxal, o local onde se usa a punição como meio de disciplina.¹⁰²

A violência física é visível em virtude das marcas aparentes que deixa. Entretanto, a violência moral tem graves conseqüências ao atingir o mundo psíquico da criança. Como fruto da ridicularização, da desvalorização, da promiscuidade, de ameaças e acusações, esta espécie de violência destrói, aos poucos, a auto-estima da criança, afetando-a na interiorização de seus valores. A violência sexual apresenta-se como resultado da *agressividade da família e da sociedade, e um descaso do poder público*.¹⁰³

Na sociedade, as maiores vítimas da violência e da discriminação são a mulher e a criança, fruto de uma sociedade de valores desiguais, em virtude de uma tradição cultural (povos romanos) advinda do grande poder do *pater familiae* em relação à mulher, aos filhos e aos escravos. Com a evolução do Direito, a fim de se tornar menos vexatória a situação de desigualdade, decidiu-se criar o instituto da tutela, concebida como aplicável àqueles considerados incapazes ou inferiores na sociedade. Daí a razão pela qual o Estatuto da Criança e do Adolescente tem encontrado tanta resistência desde a sua vigência, já que a nova lei é revolucionária e implica em mudanças de valores, idéias e condutas, trazendo uma nova concepção do que é a criança e o adolescente, tratando-os como sujeitos de direitos e rompendo com a cultura de inferiorização da infância e juventude, de modo a permitir que essa classe de cidadãos seja autora da própria história. As mudanças dependem de todos, sendo necessária a “transformação dessa cultura incivilizatória” que dispensa à criança brasileira, através das várias formas de violência, um tratamento desumano¹⁰⁴.

Nessa ordem de reflexão, a autora afirma que nada justifica a agressão, independentemente da sua singularidade, se constituindo em fator de reprodução de novas agressões, eis que o comportamento agressivo é, na maioria das vezes, reproduzido em relação à família, em especial os filhos, em função da fragilidade, que incentiva e facilita a

¹⁰² VERONESE, J. R. P. *Temas de direito da criança e do adolescente*. Ibidem.

¹⁰³ VERONESE, J. R. P. Idem, p. 22.

¹⁰⁴ VERONESE, J. R. P. Idem, p. 22-24.

ação do agressor.¹⁰⁵

Finaliza a autora: (...) *não podemos ficar inertes diante da violência que nos rouba a humanidade, que nos animaliza. Há que se exigir ações efetivas por parte do Estado e da sociedade, é imperioso, portanto, uma reação contrária ao cotidiano avanço da violência, do descaso com os direitos humanos mais elementares.*¹⁰⁶

O relatório final da pesquisa sobre Exploração sexual comercial de meninos, meninas e de adolescentes na América Latina e Caribe, consigna:

*Por sua extrema complexidade, o tema da violência sexual em suas diferentes formas de manifestações e danos provocados em meninos, meninas e adolescentes tem despertado as Ciências Sociais, a Psicologia e o Direito para questões que levem a compreensão do fenômeno nas suas diferentes facetas. A violência é um fenômeno antigo, produto de relações sociais construídas de forma desigual e geralmente materializada contra aquela pessoa que se encontra em alguma desvantagem física, emocional e social. Historicamente, a violência tem sido denunciada no ambiente doméstico/familiar contra mulheres, meninos, meninas e adolescentes de ambos os sexos, sendo que as pesquisas tem confirmado que a incidência é maior entre meninas e mulheres, daí a questão de gênero ser compreendida como um conceito estratégico na análise do fenômeno.*¹⁰⁷

*A desigualdade estrutural da sociedade brasileira é constituída não só pela dominação de classes, como de gênero e de raça. É também marcada pelo autoritarismo nas relações adulto/criança. A criança e o adolescente não tem sido considerados sujeitos, mas objeto da dominação dos adultos, tanto através da exploração de seu corpo no trabalho, quanto de seu sexo e da sua submissão.*¹⁰⁸

Guerra¹⁰⁹ assevera que apesar da ausência de provas, pode-se dizer que a violência de pais contra filhos é um fenômeno que acompanha o ser humano desde o início dos tempos. Somente a partir da metade do século XIX é que as várias ciências passaram a entender o tema como importante, dedicando a ele atenção. Também o Estado passou a ter um papel marcante no que se refere às relações entre pais e filhos, intervindo na vida familiar e exigindo dos pais o cumprimento de deveres e obrigações em relação aos filhos, sob pena da destituição do pátrio poder. Deste modo, indiscutível a ligação estabelecida

¹⁰⁵ VERONESE, J. R. P. Idem, p. 25.

¹⁰⁶ VERONESE, J. R. P. *Temas de direito da criança e do adolescente*. p. 30.

¹⁰⁷ LEAL, M. L. P. *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁸ LEAL, M. L. P. Idem, p. 20.

¹⁰⁹ GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: procuram-se vítimas*. 2.ed., São Paulo: Cortez, 1985, p. 13-4.

entre a criança e o Estado, tendo este, inclusive, se organizado, de modo a conhecer e adotar providências nos casos de violência contra crianças.

Mas apesar da violência física empregada contra a criança, que sem dúvida se constitui em objeto de repulsa, eis que parte de um indivíduo com força física contra um ser, quase sempre, indefeso, também se encontra de forma marcante, principalmente nos crimes contra os costumes, a violência psicológica consiste na imposição de poder de uma pessoa sobre a outra, através da persuasão, minando a resistência dos violentados.¹¹⁰

A violência de pais contra filhos pode assumir três aspectos: física, sexual e psicológica, sendo que a *violência traz implícita a noção de controle, uma vez que por seu intermédio uma pessoa submete a outra, seja pela força física, seja por 'constrangimento psicológico', numa demonstração de poder.*¹¹¹

Na análise da prostituição infanto juvenil, percebe-se que muitas vezes esta teve sua origem no ambiente familiar, de modo que o lar que deveria ser um ambiente de segurança e carinho transformou-se em local de perigo para muitas crianças e adolescentes, sendo que em outros estas são levados à prostituição para garantir sua própria sobrevivência ou pela ilusão das chamadas "agências de modelos".¹¹²

A despeito da opinião de estudiosos de que a violência sexual contra criança e adolescente não distingue classes econômicas ou sociais, há que se fazer alguns reparos. Sabidamente a criança e o adolescente, situados numa boa estrutura familiar e econômica, especialmente na faixa de idade em que estariam sujeitas à violência ficta, sofrem atentados sexuais, segundo a definição estritamente legal, ou seja, por presunção de violência. No entanto, esses atos, com maior frequência, são consentidos, podendo o dito agressor ser também adolescente ou recém ingresso na idade da imputabilidade penal. É certo dizer que as consequências pessoais, especialmente psíquicas, que sofrem as vítimas são infinitamente inferiores aos danos decorrentes da violência real ou grave ameaça. A vítima, não raro dotada de maturidade sexual, insere-se num contexto de liberalidade em que a prática sexual precoce é vista com certa naturalidade. Daí se poder afirmar que esses crimes sexuais não têm o potencial ofensivo a justificar penas elevadas, agravadas na execução, sob a definição de crimes hediondos.

¹¹⁰ GUERRA, V. N. A. *op. cit.*, p. 15.

¹¹¹ GUERRA, V. N. A. *Idem*, p. 105.

¹¹² VERONESE, J. R. P. *Temas de direito da criança e do adolescente*, p. 31.

Não se nega que nesse meio também ocorrem crimes sexuais violentos que são incomparavelmente mais raros que aqueles verificados nos meios sociais em que a criança e o adolescente não recebem a mesma proteção familiar. Inafastável também é o fato de que nesses meios são comuns os crimes apenas consentidos na aparência, notadamente quando integrados por qualquer espécie de fraude, como é o caso mencionado por Veronese no que refere a agências de modelos ou qualquer forma de promessa de ascensão pessoal ou financeira. De registrar também que nesses meios não são tão raros os abusos sexuais no seio familiar.

Já os delitos praticados contra vítimas desamparadas econômica e socialmente, com maior frequência, são integrados pela violência no seu sentido mais literal. Não há negar que as conseqüências desses abusos são infinitamente mais graves que as conseqüências dos crimes consentidos pela vítima em que a ordem jurídica declara presumível a violência. Qual a conseqüência de um ato sexual consentido por uma menina iniciada precocemente? Pode haver ofensa à moral pública, mas certamente pouco alterará os valores pessoais da ofendida. No entanto, quando a ofendida já vem desamparada econômica e socialmente, é indubitável que a sua submissão sexual, mediante violência física ou grave ameaça, irá liquidar de vez seus mínimos projetos ou sonhos de vida. Haverá uma lesão permanente à sua dignidade, diminuindo-a perante si mesma. Não há negar, portanto, que a vítima de pobreza é quase sempre a potencial vítima da violência sexual.

Por essas razões, que podem ser facilmente aferidas, parece que, de fato, há que se criar um diferencial na própria ordem legal, pois se tratam de delitos que se distanciam na forma de execução, na periculosidade do autor e, especialmente, nas conseqüências sofridas pela vítima.

Recente documentário, exibido pela GNT em outubro de 2000, acerca de tráfico de mulheres e, especialmente, menores, revelou que a cifra de mulheres e meninas traficadas nos últimos dez anos chega à casa dos milhões. O problema é endêmico na Ásia, especialmente no Nepal, onde metade da população carcerária é composta de traficantes que vendem meninas, crianças e adolescentes, para a Índia, onde essas vítimas são submetidas à escravidão sexual, morrendo precocemente, em especial por doenças transmitidas pelo sexo. Esse mesmo documentário, além de registrar as exportações do continente africano, traz um terrível e inacreditável relato do que acontece, nesse campo,

no Brasil, mais especificamente na Bahia. Turistas europeus recebem um catálogo de hotéis baianos, onde figuram inúmeras meninas incluídas no “pacote”. O interessado faz sua escolha e, quase sempre, adquire três passagens: uma de vinda e duas de ida, essa acompanhada da menina comprada. Registra o documentário que a escolha de uma menina menor de quatorze anos envolve uma dificuldade extra para a viagem, que é a falsificação de documentos, não havendo esse mesmo problema quando o turista apenas vem para o “desfrute” da vítima. Mas, pior que isso, é que nas ruas de Salvador existem milhares de meninas cujo sonho é ser levada por um “gringo”. Na Europa, sabidamente, essas vítimas ingressam no contingente da prostituição.

Na verdade, é fácil identificar que, nesse caso, não se trata apenas de violência sexual: trata-se de miséria econômica aguda, que exclui essas vítimas do próprio contexto cultural da sociedade. São uma espécie de sub-cidadãos, se permitido dizer, que acabam se resignando à todas as formas de violência. Tanto isso é verdade que, para esse imenso contingente de vítimas, a condição de escrava sexual no estrangeiro se afigura mais promissora que permanecer nas ruas, onde já se exige o mercadejar do corpo antes dos dez anos de idade. Essa, sem dúvida, não é apenas a violência de indivíduos contra indivíduos: é a violência de um Estado corrupto e indiferente!

No entanto, não se pode fazer de conta que essa violência não atinge crianças do sexo masculino, principalmente nos países pobres, raptadas e vendidas aos milhares, para todo tipo de exploração sexual, especialmente para atender à crescente pedofilia, disseminada nos países europeus ricos.

Essas formas mais extremas de violência também acontecem, em escala alarmante, no próprio “mercado interno” brasileiro, disso dando conta as inúmeras denúncias registradas pela imprensa. Diz-se que essa forma de violência é mais extrema, porque, além de destinar a criança e o adolescente ao abuso sexual, a coloca em situação de indisponibilidade do direito de ir e vir, comercializada pela família ou delas arrancada, para uma condição plena de escravidão. É, com certeza, a mais aviltante das escravidões, já que não se destina ao labor produtivo, mas sim a servir às mais diversas e humilhantes degenerações morais e sexuais.

2.3 - A Ação Penal nos Crimes Sexuais

2.3.1 - A Ação Penal

O Estado tomou para si a função de administrar a justiça através do processo, substituindo assim, a vingança privada dos tempos primitivos e passando a ser o detentor do monopólio da administração da justiça, mormente no campo do direito penal. Conforme afirma Tourinho Filho¹¹³ a autotutela e a autocomposição são formas extraordinárias de solução de conflitos, mesmo na área cível, já que a regra é a de que somente o Estado, através do processo, pode por fim ao litígio dando a cada um o que é seu, na medida justa.

Tourinho Filho afirma que *se o Estado detém o monopólio da administração da justiça é lógico que ele tem o direito de garanti-la. E tal direito à garantia da justiça, que outro não é senão o de se invocar a tutela do Estado-Juiz, considera-se, em relação aos particulares, como uma emanção do status civitatis*¹¹⁴. A partir do momento em que o Estado tornou proibitivo aos particulares fazer justiça com as próprias mãos, nasceu para o cidadão o direito de exigir do Estado, através de seus representantes, a aplicação de uma *sanção* contra o violador de um direito deste cidadão.

Aduz que:

*Se é o Estado que distribui justiça e, para tanto, instituiu órgãos adequados, é claro que aqueles que dela necessitam tem o direito subjetivo de levar-lhe ao conhecimento um litígio, invocando-lhe a aplicação da norma agendi. Aí está, pois, o direito de ação. Direito subjetivo, público, abstrato, genérico, indeterminado. Direito que todos nós temos de nos dirigir ao Estado-Juiz, invocando-lhe a garantia, a tutela jurisdicional. E exatamente nesta proibição imposta pelo Estado aos particulares de fazerem justiça com as próprias mãos repousa o fundamento do direito de ação (...).*¹¹⁵

¹¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20.ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 288.

¹¹⁴ TOURINHO FILHO, F. C. *Idem*, p. 289.

¹¹⁵ TOURINHO FILHO, F. C. *Idem*, *Ibidem*.

Assim o fundamento do direito de ação está na proibição genérica da autodefesa, e o seu fundamento jurídico está na Constituição Federal, no capítulo dos direitos e garantias individuais, no art. 5º, XXXV:

*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Deste modo, a violação de direito individual é de ser apreciada pelo Poder Judiciário, não havendo lei que possa impedir essa apreciação. Também a Declaração do Direitos do Homem é neste sentido, sendo que quem quer que tenha seus direitos individuais desrespeitados pode exigir do Estado a tutela jurisdicional*¹¹⁶.

Segundo Tourinho Filho o Estado é dotado de princípios de autolimitação do seu poder punitivo. Assim, se o Estado desejar exercer o seu poder punitivo deverá dirigir-se ao Juiz buscando a aplicação da sanção. *Esse direito de se pedir a tutela jurisdicional, que também se assegura ao Estado-Administração para pedir a atuação do Direito Penal objetivo, outra coisa não é senão o direito de ação.*¹¹⁷

Afirma Tourinho Filho:

*(...) nesta autolimitação do jus puniendi, realçada nos incs. XXXVLIII, LIV e LV do art. 5º da Lei Maior reside e descansa o fundamento constitucional da ação penal, como direito do Estado-Administração de pedir ao Estado-Juiz a aplicação da lei penal objetiva. Observe-se que o nulla poena sine iudicio não apenas obsta ao Estado o direito de impor a pena sem o due process - sem o regular processo -, como também impede, a quem quer que seja, a faculdade de sujeitar-se a ela. Portanto, impossível em matéria penal, a aplicação da pena por outra via que não a processual. No campo extrapenal, é possível a composição do litígio sem o processo. No penal, não. Mesmo nos caso de exclusiva ação penal privada, o que é possível é a composição extrajudicial quanto à satisfação do dano ex delicto, jamais quanto à pena, isto é, não será possível a irrogação de uma sanctio juris com abstração do processo. O que pode ocorrer nos denominados delitos de ação privada, ou até mesmo naqueles em que a ação penal é subordinada à manifestação de vontade da vítima, é um desinteresse quanto à aplicação da pena ao culpado. Mas, e isto é o que temos afirmado, não se concebe, em qualquer tipo de infração penal, a imposição de pena sem o due process of law.*¹¹⁸

Tourinho Filho define a ação como (...) o direito subjetivo de se invocar do Estado-Juiz a aplicação do direito subjetivo a um caso concreto. Tal direito é público,

¹¹⁶ Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV.

¹¹⁷ TOURINHO FILHO, F. C. *op. cit.*, p. 292.

¹¹⁸ TOURINHO FILHO, F. C. *Idem*, p. 292-3.

*subjetivo, autônomo, específico, determinado e abstrato*¹¹⁹. Para o autor a ação penal é o direito de se pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo. Ou o direito de se pedir ao Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante.¹²⁰

De acordo com Tourinho Filho, processualmente, a única diferença entre a ação penal e a ação civil está na pretensão que lhe serve de suporte fático, que pode ter natureza civil ou penal. Afirma que:

*A circunstância de o Estado-Administração ter o dever de exercer o direito de ação penal e, no cível, o particular ter apenas a faculdade de exercê-lo - facultas agendi - não desnatura o conceito de ação como um direito em face do órgão jurisdicional que está obrigado a se manifestar sobre a pretensão deduzida. Num ou noutro caso o direito de ação é exercido em relação ao Juiz. O dever ou a faculdade de se exercer o direito de ação está profundamente ligado ao interesse na solução do litígio, o que é coisa diversa. O particular promove a ação, se quiser (facultas agendi). Já o Estado tem o dever de satisfazer a um interesse da coletividade, qual o de reprimir as infrações. Se os interesses tutelados pelas normas penais são públicos, sociais, a repressão às infrações constitui indeclinável dever do Estado para lograr um dos fins essenciais para os quais ele foi constituído - segurança e reintegração da ordem jurídica.*¹²¹

Conclui o autor que o interesse tutelado pela norma é que determina a faculdade ou o dever de se exercer o direito de ação, o que não afeta, na área processual, o conceito de ação, salientando-se que nos Estados em que a promoção da ação penal é permitida à própria vítima, ou a qualquer do povo, não há como se dizer que o exercício da ação penal seja um poder-dever do Estado.

Deste modo, informa Tourinho filho que o direito de ação (civil ou penal):

*É um direito público subjetivo, determinado (porque instrumentalmente ligado a um fato concreto); autônomo (porque distinto do direito que ele tende a tornar efetivo em juízo); específico (porque apresenta um conteúdo, e este nada mais é que se deduz em juízo); e, finalmente, abstrato, porque, embora instrumentalmente conexo a um fato concreto, o direito de ação existe e se exercita, ainda naquelas hipóteses em que o Juiz julga o petitum improcedente ou infundado.*¹²²

¹¹⁹ TOURINHO FILHO, F. C. *op. cit.*, p. 305.

¹²⁰ TOURINHO FILHO, F. C. *Idem*, p. 306.

¹²¹ TOURINHO FILHO, F. C. *Idem*, *Ibidem*.

¹²² TOURINHO FILHO, F. C. *Idem*, p. 307.

2.3.2 - Ação Penal Pública e Privada

A ação penal, levando-se em consideração quem a promove, se divide em pública e privada, já que a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, representante do estado, mediante denúncia, enquanto que a privada é de iniciativa da vítima, ou de seu representante legal. A ação penal é, em regra, pública incondicionada, tanto que, nos casos em que a ação penal é privada ou condicionada à representação, o texto legal traz declaração expressa neste sentido. A ausência de especificação, a respeito do tipo de ação, indica a natureza de pública incondicionada.

Determina o artigo 100 e seus parágrafos, primeiro e segundo, do Código Penal:

Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido

§ 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da justiça

*§ 2º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.*¹²³

Conforme ensinamento de Noronha,

*Diz-se privada a ação porque pertence ao particular, ao indivíduo. Transfere-se-lhe o jus accusationes exclusiva ou subsidiariamente. É tão somente este que o Estado transfere; o jus puniendi continua a pertencer-lhe, tanto que, transitada em julgado a sentença condenatória, o particular nenhuma ingerência tem na execução, que cabe exclusivamente àquele... A distinção entre as duas espécies de ação repousa na diferença de sujeitos, pois não há dúvida de que ambas as ações são públicas, já que toda ação tem essa natureza por ser um direito público subjetivo contra o Estado, representado pelo judiciário... Não são poucos os que se opõe à ação privada, tachando-a de vingança do ofendido. Tal não se dá, bastando dizer que, como linhas atrás se falou, a execução da penal fica a cargo do Estado, que é também quem a impõe, por um dos seus órgãos - o Judiciário -, limitando-se o particular a exclusivamente promover a persecutio liminis. A ação privada atende a ponderosos imperativos individuais que não deixam ser também da sociedade.*¹²⁴

¹²³ Código Penal. Art. 100.

¹²⁴ NORONHA, E. M. *op. cit.*, v. I, p. 377.

Almeida Júnior apud Noronha¹²⁵ afirma que a ação é considerada um atributo ou faculdade do sujeito, eis que a violação de um direito faz nascer um outro direito que é o de buscar em juízo o que lhe é devido.

Noronha ensina que a ação no sentido subjetivo é um direito, inserindo-se este no campo substantivo. Na área criminal o legislador utiliza-se como critério para determinar se a ação é pública ou privada a natureza, a gravidade e as consequências do delito. Sendo a ação pública, compete ao Ministério Público a defesa do direito lesado, enquanto que na ação privada torna-se a ação dependente da vontade da vítima. Assim, *A ação é, pois, inseparável do delito. Há entre eles, de certa maneira, relação de causa e efeito, porque é a natureza do crime que impõe o caráter de público ou privado à ação.*¹²⁶

2.3.3 - A Ação Penal nos Crimes Contra os Costumes

Os crimes contra os costumes previstos nos capítulos I, II e III, no título VI, da parte especial, do Código Penal, no qual se enquadram os crimes contra a liberdade sexual são, de ação penal privada, ou seja, tem início mediante queixa-crime a ser promovida pelo próprio interessado. A regra, portanto, nos crimes contra os costumes, é a da ação penal de natureza privada. A ação penal pública é cabível em alguns casos, na forma de exceção. Observe-se, no Código Penal, os dispositivos legais pertinentes ao caso:

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I – se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

¹²⁵ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. In.: NORONHA, E. M. *op. cit.*, v. III, p. 232.

¹²⁶ NORONHA, E. M. *Idem*, p. 232-3.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.¹²⁷

2.3.3.1 - Ação Penal Privada

É importante salientar, a razão pela qual o legislador estabeleceu a exceção da ação privada, como regra para os crimes contra os costumes, em contraposição à regra geral da ação penal pública preponderante no Código Penal Brasileiro.

De acordo com Noronha existem casos em que o interesse da vítima se sobrepe ao interesse público ou em que a lei não pode servir para aumentar o sofrimento do ofendido, levando seu nome aos tribunais e ao conhecimento público com inegável escândalo a enodoar-lhe mais o nome e a produzir lesão sensível à própria moral pública. Em tais hipóteses, o mal da lei seria maior que o mal do crime.¹²⁸

Relata o autor que no mundo jurídico nomes insignes se contrapõem a este pensamento afirmando que é inadmissível

*entregar-se ao indivíduo o arbítrio da punição do culpado... Se é exato que tais delitos importam para o ofendido lesão que, muita vez, preferirá ocultar, não é menos exato haver interesse sobrelevando o seu, interesse que é da sociedade, o qual não pode admitir fique impune o delinqüente, permanecendo como ameaça constante para os demais membros da comunhão.*¹²⁹

Comentadores brasileiros, tratando dos crimes contra os costumes, dentre eles Crisólito de Gusmão e Viveiros de Castro também entendiam assim e acrescentavam que *a ação privada seria sempre oportunidade de mercadejar com a honra da ofendida*¹³⁰. Na doutrina alienígena manifestavam importantes doutrinadores, neste sentido, dentre os quais Pozzolli que afirmava que por duas ordens de razão a ação deveria ser pública: primeiro porque é um absurdo dar a possibilidade legal de delinqüentes perigosos se furtarem à repressão penal e segundo porque a ação penal privada, nos crimes de ordem

¹²⁷ Código Penal. Art. 255.

¹²⁸ NORONHA, E. M. *op. cit.*, v. I, p. 378-9.

¹²⁹ NORONHA, E. M. *Idem*, p. 378.

¹³⁰ NORONHA, E. M. *Idem*, *Ibidem*.

sexual, *é incentivo ao comércio torpe*. Também afirmava não ser verdadeiro que a ação privada resguardaria a paz e a honra do lar, já que este não seria perturbado e desonrado pelo processo e que provada a violência *não será o escárnio, mas a piedade que cercará a vítima.*¹³¹

Salienta Noronha: *De todos os argumentos lançados pelos defensores da ação pública, consideramos o mais sério o que, ao interesse do ofendido a ocultar sua desonra, contrapõe o superior interesse social em não deixar impune um delinqüente.*¹³²

Afirma, no entanto, que uma questão que tem sido olvidada pelos juristas é que para que a ação penal tenha sucesso é preciso o concurso da vítima ou de seus familiares, seja na produção da prova ou em outras questões.¹³³

Realça, o autor:

*Sem o interesse do ofendido a prova se debilita e a ação geralmente redundando em fracasso. Senão houvesse a ressalva da ação privada poderíamos até ir ao extremo de assistir à estranha luta do Promotor Público não só com o réu, mas também com a vítima, máxime nos crimes contra os costumes, isso afetaria a própria moral. Atirar-se-ia sobre a ofendida, além do escândalo do crime do estrépito do processo, a suspeita infamante da venda da honra. quando, entretanto, o que ela deseja é o silêncio. Disso tudo, a regra seria a absolvição do acusado. Quem tem prática de acusar ou julgar sabe perfeitamente com quantas dificuldades conta na prova desses crimes, não obstante ter a seu lado as declarações da vítima e sua família de modo que pode pesar a dificuldade - melhor seria dizer impossibilidade - de obter prova suficiente para condenação, quando aqueles se negam a esclarecer o fato. Em resumo, há, na verdade, casos em que seria doloroso para a vítima o descobrimento da verdade dos fatos... Pode invocar-se, entretanto, interesse social, incompatível com a impunidade de homem tão perigoso. É coisa que perfeitamente se pode aceitar. Mas, passando do terreno da teoria para a prática, que é afinal de contas onde o direito vive, poderia a defesa social atualizar-se, realizar-se plenamente ante a oposição do ofendido? Creemos que, neste ponto a tutela da sociedade e o interesse da vítima devem marchar paralelamente, recebendo aquela o concurso, o auxílio desta, inestimável e imprescindível. Justifica-se, pois, a exceção da ação privada.*¹³⁴

¹³¹ POZZOLLI. In.: NORONHA, E. M. *op. cit.*, v. I, p. 378.

¹³² NORONHA, E. M. *Idem*, *Ibidem*.

¹³³ NORONHA, E. M. *Idem*, p. 379.

¹³⁴ NORONHA, E. M. *Idem*, *Ibidem*.

Deste modo, ainda segundo Noronha, foram duas as razões que determinaram que nos crimes contra os costumes a ação deveria ser privada. A primeira é a de que muitas vezes o processo seria pior para a vítima que o próprio crime e a segunda *que a ação pública, sem o concurso do ofendido, na elaboração da prova seria anódina.*¹³⁵

Entretanto, a idéia de que o ofendido passasse por uma humilhação é incrementada pelo próprio legislador ao determinar a ação penal privada, até porque sugere que o ofendido deva se sentir incriminado, o que perpetua essa idéia. Se a ação fosse sempre pública tenderia a amenizar este aspecto. Colocar a vítima como titular postulante da repressão penal é também uma forma de expô-la a risco maior, mais acentuado que o risco que ela enfrenta servindo como fonte de prova na ação penal pública, porque não escapa do agressor a noção de que a ação penal é ato de comando da ofendida e não do Estado. É mais seguro para a vítima que o agressor veja o Estado como seu acusador. Esse temor, justificável até pelo fato de que o violentador é, na maioria das vezes, pessoa perigosa (o que se deduz até pelo crime praticado) se constitui num verdadeiro salvo conduto aos autores dos crimes sexuais, mantendo silenciadas as vítimas. Se o Estado tem a iniciativa da ação penal, à vítima só é exigível o relato da verdade, fato que, apesar do inegável desconforto, não inspira o mesmo temor.

O risco de que o Ministério Público se debata contra o silêncio ou constrangimento da vítima a determinar a absolvição do acusado, ainda assim é compensado pelo fato de que o agressor se submeteu à ação penal, que, por si só, tem inegável significado de caráter preventivo e inibitório de novas agressões. Além disso, o antecedente pode ser determinante elemento de convicção em novo processo de igual ordem, contra o reincidente.

No entanto, na ordem jurídica vigente, o próprio inquérito policial, ou seja a investigação, nos crimes contra os costumes em que a ação é privada ou depende de representação, não pode ser iniciado contra a vontade da vítima ou de seu representante legal. Neste sentido os parágrafos 4º e 5º, do artigo quinto do Código de Processo Penal:

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

¹³⁵ NORONHA, E. M. *op. cit.*, v. I, p. 379.

*§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito policial a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.*¹³⁶

Deste modo, à luz dos dispositivos acima citados, obstada está a ação de qualquer do povo e também do Ministério Público de, ao ter notícia da ocorrência de crime contra os costumes, fazer com que a autoridade policial investigue os fatos. A jurisprudência é no mesmo sentido:

*TACRESP: 'Em se tratando de infração onde a ação é de iniciativa privada, é inadmissível a requisição de instauração de inquérito policial por parte do Ministério Público'*¹³⁷.

*TACRSP: 'É ilegal o constrangimento resultante de instauração de inquérito policial para apuração do delito de exercício arbitrário das próprias razões inexistindo violência física contra a pessoa, hipótese em que só se procede mediante queixa privada'*¹³⁸

2.3.3.2 - Ação Penal Pública Condicionada à Representação

Das duas exceções à regra da ação privada, nos crimes contra os costumes (previstas nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 225, do Código Penal), a primeira é a da ação penal pública condicionada à representação e a segunda a da ação penal pública incondicionada, que será apreciada posteriormente. A primeira exceção está relacionada à conhecida miserabilidade da vítima, quando então a ação passa a ser pública condicionada à representação. Deste modo, quando a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, nos termos da lei, cabe ao ofendido ou a seu representante legal, oferecer a devida representação para que o representante do Ministério Público possa intentar a ação penal.

¹³⁶ Código de Processo Penal. Art. 5º, parágrafos 4 e 5.

¹³⁷ RJDTCRIM 12/211-2.

¹³⁸ RT 577/385.

Até recentemente, nos crimes contra os costumes, sendo pobre a ofendida, a denúncia deveria ser instruída com a prova da miserabilidade, a fim de conferir legitimidade ao Ministério Público para intentar a ação penal. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de resguardar o direito de vítimas pobres, em reiteradas decisões, passou a entender que referida prova pode ser feita por qualquer meio (RTJ 81/629) e até o julgamento da lide, sendo que, o estado de pobreza poderá, inclusive, ser presumido.

Afirma Noronha que a ação penal condicionada à representação fundamentou-se justamente no querer da vítima processar culpado, mas não poder. Deste modo, objetivou a lei *colocar no mesmo plano a vítima abonada e a miserável*, sendo nos dois casos necessária a vontade da vítima de processar o acusado.¹³⁹

*Conclui, que a lei buscou a igualdade entre a vítima abonada e aquela que sem condições financeiras de promover a ação penal, permitindo, assim, o acesso à justiça a uma categoria de pessoas que por um determinado motivo ficaria desamparada de ver atendido o seu direito de buscar justiça em face da ausência de condições de custear um processo*¹⁴⁰.

Entretanto, ao instituir para esses crimes a ação penal pública condicionada à representação, nos casos em que o ofendido não pode suportar o ônus material do processo, o legislador fere o princípio da igualdade, pois não parece justo que o ofendido em tão grave lesão, tendo sustentação econômica, deva suportar o ônus da ação penal. A fórmula do Código está em dissonância com a idéia de que só não se promove a ação pública incondicionada por se deferir à vítima o direito de resguardar sua honra pessoal. Fosse esse o norte, deveria o legislador alcançar a todos o benefício, ou seja, se o Estado se preocupou com o direito de privacidade da vítima, bastaria a representação, como renúncia expressa desse direito, para impulsionar a ação penal pública, esse poder-dever do Estado. Portanto, no mínimo, a ação penal deveria ser pública condicionada para todos. Essa diferenciação entre abonados e desassistidos é, também, uma forma de ofensa ao princípio constitucional da igualdade, de todos, perante a lei.

¹³⁹ NORONHA, E. M. *op. cit.*, v. III, p.234.

¹⁴⁰ NORONHA, E. M. *Idem*, *Ibidem*.

2.3.3.3 - Ação Penal Pública Incondicionada

A outra exceção à regra da ação penal privada nos crimes contra os costumes se refere aos crimes cometidos com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Nestes casos a ação é pública incondicionada.

Noronha afirma que a exceção, que já existia na lei anterior e se inspirava no Código Italiano, teve o objetivo de evitar a absurda hipótese de ter o ofendido de representar contra o culpado, eis que na condição de menor (incapaz) não poderia agir contra ele. Continua o autor: *A razão do dispositivo, portanto, surge claramente: a proteção do incapaz - menor ou interdito - amplamente assegurada pela ação pública. É ela o recurso mais seguro que o legislador possui, para evitar a impunidade, no caso do delinqüente ter autoridade legal ou de fato sobre o ofendido.*¹⁴¹

Verifica-se que, no mais das vezes, o crime praticado pelo pai, tutor ou curador é cometido mediante grave ameaça ou artifícios que impedem a defesa da vítima, pela sua idade ou pelo próprio temor em relação ao abusador. É da jurisprudência:

*Conforme as circunstâncias, o temor reverencial inspirado pelo pai à filha, a submissão desta à vontade paterna, sua inexperiência e pouca idade, são fatores que poderão inibi-la de qualquer resistência. E quando isso acontece, se configura violência moral ou grave ameaça a que alude o art. 213 do CP*¹⁴²

*Se a menor ofendida, criada em zona rural, não teve condições morais e psíquicas de se opor aos desejos criminosos do pai, pessoa, ademais, violenta e arbitrária, que ameaçava voltar e maltratar toda a família caso aquela não cedesse, configurado resultou o estupro, pela violência moral.*¹⁴³

A investida sexual ocorreu inclusive com a perícia médica constatando a ruptura do hímen recente. A ameaça, que é forma típica de violência moral, é indiscutível. Isto, o temor reverencial, é evidente frente à condição do acusado, de monitor do Centro Educacional onde a vítima estava internada, demonstrativo da ascendência que sobre ela detinha. E nessa condição (a efetiva superioridade do acusado em relação à vítima, inclusive física), a afirmação de que importaria castigos caso não se submetesse à sua vontade, indica certeza de que a grave ameaça ocorreu, tanto que

¹⁴¹ NORONHA, E. M. *op. cit.*, v. III, p.235.

¹⁴² BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC – Rel.^a Theresa Tang – JC 47/430.

¹⁴³ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC – Rel. Rid Silva – RT 542/397.

*a vítima teve anulada sua vontade, paralisando qualquer forma de resistência. Houve a intimidação de que decorreu a entrega.*¹⁴⁴

Muito embora alguns julgados sejam no sentido de não admitir como pública incondicionada a ação promovida em casos em que o agressor seja padrasto de fato da vítima, vem se consolidando entendimento diverso que, com grande acerto, está em consonância com as mudanças da legislação e da própria sociedade. Sabidamente, as uniões de fato, em nossa época, propriamente se igualam em número às uniões legais. Ademais, no vernáculo, padrasto é aquele que faz as vezes ou substitui o pai, o que independe da existência de casamento.

Para Tourinho Filho o artigo inclui também a figura do padrasto não por ser ele o representante legal do menor mas pela autoridade de fato que tem sobre ele.¹⁴⁵

Já manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

*Tratando-se de crime praticado na vigência de concubinato, vitimando-se uma filha e uma outra criança, nascida da união de sua mulher com o primeiro amásio, ambas sob sua guarda, a ação penal contra o autor deve ser instaurada mediante ação pública, X e VI do art. 225, II, do Código Penal.*¹⁴⁶

No mesmo sentido a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

*Muito embora o art. 225, II, do Código Penal, refira-se, tão-somente, a 'crime cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador', vivendo o réu maritalmente com a mãe da vítima, inclusive residindo na mesma casa, e exercendo sobre ela inegável autoridade, em tudo assemelhada a de um pai, tem o representante do Ministério Público legitimidade para deflagrar a ação penal pela prática de estupro.*¹⁴⁷

Além dessa exceção à regra, a ação penal, nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor nas suas formas qualificadas, previstos no artigo 223, “caput” e seu parágrafo único do Código Penal, é de natureza pública incondicionada, ou seja, quando da violência, empregada no crime resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, não se aplica o disposto no artigo 225, do Código Penal, já que este se refere aos crimes definidos nos capítulos anteriores, não se encontrando o artigo 223 “nos capítulos anteriores”, mas

¹⁴⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC – Rel. Rogério Lemos – RTJE 90/234.

¹⁴⁵ TOURINHO FILHO, F. C. *op. cit.*, v. III, p. 235.

¹⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC 2783-5 – Rel. José Cândido – DJU de 6.9.93, p. 18047 – RSTJ 51/385 e RT 702/408.

¹⁴⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação criminal n. 98.001773-4, de Biguaçu – rel. Des. Paulo Gallotti.

naquele que em que está o próprio artigo 225. Neste caso, trata-se das formas qualificadas dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, contemplando, o dispositivo legal, espécies de crimes preterdolosos, já que o dolo é de praticar o crime sexual, havendo culpa no resultado lesão corporal grave ou morte.

Assim, não há dúvida acerca da iniciativa da ação penal nos casos dos quais resultam lesão grave ou morte, posto se tratar de norma expressa. Entretanto, havendo como resultado a lesão leve, pode-se dizer que a iniciativa da ação penal já foi fruto de muita discussão, sendo pacificado o entendimento de que, mesmo nestes casos, cabe ao Ministério Público dar início à ação penal. Tantas vezes foi o Supremo Tribunal Federal suscitado a decidir acerca desta questão que, por fim, a questão se pacificou com edição da Súmula 608.

Pela Súmula 608, do Supremo Tribunal Federal: *No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.*¹⁴⁸ Deste modo, independente da lesão sofrida (grave ou leve) a ação penal é de iniciativa do Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 608 ao entendimento de que o estupro com violência real se constitui crime complexo a teor do disposto no artigo 101 do Código Penal.

Mirabete entende que diante do disposto na Súmula 608, do STF *pública incondicionada é a ação penal nos crimes previstos nos arts. 213 a 219 quando houver, em decorrência da violência real, lesão corporal de natureza leve ou vias de fato.*¹⁴⁹

O artigo 101 do Código Penal trata da ação penal no crime complexo e, em relação a isso, a lei é clara no sentido de que a ação é pública, desde que os elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes, do crime complexo, por si mesmos, se constituam em crime de ação pública, cuja titularidade é do Ministério Público.

Dispõe o artigo 101, do Código Penal:

Quando a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que,

¹⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 608.

¹⁴⁹ MIRABETE, J. F. *op. cit.*, 1329.

*em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério público.*¹⁵⁰

Entretanto, a aplicação do artigo 101, do Código Penal aos crimes sexuais tem sido objeto de controvérsias e de decisões diversas, eis que parte dos julgadores entende que o artigo 225 do Código Penal prevalece sobre o artigo 101, do mesmo estatuto legal e parte entende ao contrário.

O Código Penal estabelece, no “*caput*” do seu artigo 225, que nos crimes contra os costumes previstos nos capítulos I, II e II, do Título IV, da Parte Especial do Código Penal somente se procede mediante queixa. Deste modo, o que determina o artigo mencionado é que, excluídos os casos em que da violência resulta lesão corporal de natureza grave ou morte (já que não estão incluídos nos capítulos mencionados), a ação penal é de natureza privada ou condicionada à representação (no caso do parágrafo 1º, I).

Assim sendo, prevalecendo a norma do artigo 225 sobre o disposto no artigo 101, ambos do Código Penal, para os casos de crime sexual violento do qual resulte lesões leves, seria admissível apenas a ação privada ou condicionada à representação.

Jesus¹⁵¹ entende que o artigo 101 do Código Penal não se aplica ao crime de estupro, já que este não pode ser considerado como crime complexo. Afirma que os crimes contra os costumes, com lesão leve, não sendo complexos, regem-se pelo disposto no artigo 225, “*caput*” do Código Penal, sendo, por isso, a ação penal de iniciativa privada. O doutrinador não aceita o crime complexo em sentido amplo, entendendo que só existe o crime complexo quando se reúnem dois ou mais tipos penais incriminados, afirmando que diante da descrição do artigo 101 do Código Penal inexistente no direito brasileiro a figura do crime complexo em sentido amplo.

Mirabete ensina que *Doutrinariamente, crime complexo é uma fusão, em um mesmo tipo penal, de dois ou mais delitos (v.g., art. 157), ou, em uma acepção mais ampla, de um delito e uma outra circunstância per si atípica (v.g., art. 213). Contém assim, como elemento ou circunstância elementar do tipo, fato que, por si mesmo, constitui um outro crime.*¹⁵²

¹⁵⁰ Código Penal. Art. 101.

¹⁵¹ JESUS, Damásio E. **Direito penal**. 7.ed., São Paulo: Saraiva, v. III, 1991, p. 136.

¹⁵² MIRABETE, J. F. **Código penal interpretado**. 5.ed., São Paulo, Atlas, p. 531.

Tourinho Filho ao tecer comentários acerca da Súmula 608, do STF e da aplicabilidade, ao caso em questão, da regra do artigo 101, do Código Penal, assim se pronuncia:

Não se pode olvidar, é bom repetir, que o nosso CP, no art. 101, limitou-se a definir o crime complexo em sentido estrito. Não o considerou no sentido amplo. E, como não o fez, não se pode dizer que o estupro seja crime complexo. De jure constituto, o crime complexo resulta da fusão de duas figuras delituais penais, o que não se dá, no crime de estupro. O preceito sumular, pois, tendo em vista o disposto no art. 225 do CP, foi elaborado contra legem. Mas, ainda que o art. 101 do CP houvesse cuidado, também do crime complexo em sentido amplo, a Súmula nº 608 estaria afrontando a lei, porquanto a norma do art. 225 do CP, por ser especial, teria prevalência em relação àquela do art. 101 do mesmo diploma.¹⁵³

Para Tourinho Filho os responsáveis pela elaboração da súmula não desconheciam que o crime de estupro não se ajustava ao disposto no artigo 101 do Código Penal e mesmo assim entenderam o crime como complexo, “desprezando o conceito legal”. Afirma que a seu ver a súmula foi gerada porque, como de regra, os crimes de estupro, em quantidade alarmante são praticados com violência resultando lesões leves. Assim, o STF provocado por meio de recurso e habeas corpus, procurando proteger e amparar a honra das vítimas erigiu-os à condição de crime de ação penal pública incondicionada. Acredita o autor que a solução para os crimes de atentado violento ao pudor ou crime sexual cuja violência tenha sido exercida mediante grave ameaça pode ser a mesma, já que a súmula 608 pode ser aplicada por analogia.

Assinala Tourinho Filho ao comentar as decisões do Supremo Tribunal Federal:

(...) justifica-se essa política criminal pretoriana, visando acautelar e resguardar os interesses das vítimas de estupro cometido com violência, sejam elas pobres, ‘remediadas’ ou ricas. É um pouco que se faz par deter a escalada da criminalidade violenta. Trata-se, a nosso juízo de excelente medida de política criminal pois não fosse assim, a punibilidade seria angustiada na mesa dos conchavos (...).¹⁵⁴

Portanto, parece acertado dizer que, nessa matéria, por ordem de política criminal, a Suprema Corte legislou, extramuros de sua atividade judicial. Entretanto, a

¹⁵³ TOURINHO FILHO, F. C. Súmula 608 do STF. **Revista CONSULEX**, São Paulo, ano II, n. 23, nov/1998, p.43.

¹⁵⁴ TOURINHO FILHO, F. C. Súmula 608 do STF. **Revista CONSULEX**, p. 43.

despeito dessa invasão de atribuições, é inegável que a súmula contempla um anseio e uma imperiosa necessidade, em sintonia com os interesses da sociedade. Ainda assim, se pode questionar outro aspecto, que não mereceu atenção dos tratadistas: a violência ou o constrangimento ilegal é que tornam os atos sexuais ilícitos. Ausentes esses tipos, não haveria falar de crime contra a liberdade sexual. Logo, parece de todo inadequado tratar esses delitos como complexos, salvo as hipóteses de lesões culposas, decorrentes do próprio ato sexual que se tenha alcançado por grave ameaça.

Já Fragoso entende que é perfeitamente aplicável, ao caso, a regra prevista no artigo 101 do estatuto repressivo. Assim se manifesta:

Não é possível desatender à claríssima norma contida no art. 101, CP, não podendo prevalecer a norma genérica do art. 225. Se assim fosse, o art. 101 seria inteiramente inútil e inaplicável. O estupro é o mais grave dos crimes contra a liberdade sexual, revelando sempre alarmante violência e perversidade por parte do agente. Envolve sempre, nos casos de violência real, o ataque a bens jurídicos indisponíveis e de altíssimo valor social, não havendo por que subordinar a punibilidade do crime, em tais casos, à vontade da vítima ou de seu representante legal. As razões que fundamentam a ação privada não podem aqui sobrepor-se a interesses de ordem pública superiores, e é precisamente por esse motivo que está formulado o art. 101, CP. A ação penal no crime de estupro praticada com violência real é sempre pública. Nesse sentido é hoje inteiramente pacífica a jurisprudência do STF. Cf. Fragoso, 'Jur. Crim.', nº 218. Deve-se notar, todavia, que a ação penal no crime de estupro será privada nos casos de violência presumida. Desaparece, aqui, o crime complexo, surgindo o estupro por mera ficção.¹⁵⁵

Com a superveniência da Lei 9.099/95, que exige a representação para a apuração do crime de lesões corporais de natureza leve, a súmula 608 do STF passou a ser contestada por parte da doutrina. No entanto, o Supremo Tribunal Federal manteve o preceito sumular em decisão proferida em junho de 1996, no Habeas Corpus nº 73.994-6, em que foi Relator o ministro Francisco Rezek, publicado no diário de justiça da União de 25/04/97, p. 15200.

Entretanto, apesar do entendimento majoritário da doutrina no sentido de que o artigo 101 do Código Penal se refere ao crime complexo em sentido estrito e que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são crimes complexos em sentido amplo, e do fato de o crime de lesões corporais de natureza leve, diante da nova lei, ter passado a

¹⁵⁵ FRAGOSO, H. C. *op. cit.*, v. II, p. 45-6.

exigir representação, mesmo assim permaneceu inalterável a jurisprudência, já que os tribunais continuam a adotar o disposto na sumula 608, do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Mirabete o fato de os tribunais acompanharem a orientação sumular se justifica pela *existência no crime sexual do delito de constrangimento ilegal, apurável mediante ação pública incondicionada*.¹⁵⁶

Com relação ao crime sexual praticado mediante grave ameaça existem decisões do STF e do STJ no sentido de que a ação penal prossegue sendo de iniciativa privada. Entretanto, consoante o novo entendimento de que o delito que integra o crime complexo é o de constrangimento ilegal a decisão acima se apresenta como contraditória, já que inegável que o crime previsto no artigo 146 do Código Penal pode ser cometido mediante grave ameaça.

*STF: Estupro. Ação penal. Natureza privada se o crime é cometido mediante grave ameaça e não por violência real. Hipótese em que se procede mediante queixa-crime. Ressalva das exceções previstas no art. 225 do CP. (...) No crime de estupro sem violência real a ação penal é de iniciativa privada, salvo as exceções previstas no art. 225 do CP.*¹⁵⁷

*STJ: Estupro. Grave ameaça. Hipótese em que o estupro foi praticado mediante grave ameaça, não rendendo ensejo à ação pública incondicionada. Distinção entre grave ameaça e violência. Inaplicabilidade da Súmula 608 do STF.*¹⁵⁸

Segundo Mirabete ao tratar do crime de constrangimento ilegal ensina:

*A conduta típica é coagir, compelir, forçar, obrigar a vítima à prática de um ato ou de uma abstenção, ou seja, a fazer ou não fazer algo, violando-se sua vontade. Não registra a lei a conduta de tolerar que se faça alguma coisa, mas essa tolerância equívale à abstenção ou omissão, constituindo, pois, ação típica. A coação pode constituir-se em violência direta ou imediata (vias de fato ou lesões corporais) contra o ofendido ou terceiro, ou imediata, contra coisa de interesse da vítima. Pode o agente, porém, utilizar-se de ameaça ou qualquer outro meio (...) para o constrangimento...É indispensável a existência do nexo causal entre o emprego da violência, grave ameaça ou de qualquer outro meio e o resultado, ou seja, o estado de submissão do ofendido que faz ou deixa de fazer algo contra sua vontade.*¹⁵⁹

¹⁵⁶ MIRABETE, J. F. *op. cit.*, p. 1329.

¹⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RT 676/380.

¹⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. RSTJ 19/352.

¹⁵⁹ MIRABETE, J. F. *op. cit.*, p. 825-6.

A jurisprudência também é neste sentido:

*Pratica crime de constrangimento ilegal o agente que, empunhando arma, procura obrigar moças a entrar em automóvel, para dar-lhes, contra a vontade delas, uma 'carona'.*¹⁶⁰

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que se refere à questão de acolher o crime de estupro como sendo complexo, proferiu a seguinte decisão:

*Ainda considerando que o crime de estupro e, em consequência, os de atentado violento ao pudor e o rapto violento, é crime complexo, no sentido amplo, aplicar-se-ia o art. 101 do CP, com fundamento não mais no art. 129, mas no art. 146 do mesmo Estatuto, que prevê o crime de constrangimento ilegal. Como os crimes contra os costumes referidos tem como elementos constitutivos o constrangimento ilegal, pois na verdade não passam de espécies mais graves do referido ilícito, devem ser eles apurados mediante ação penal pública incondicionada quando praticados com violência ou grave ameaça, bem como quando o agente reduziu, por qualquer meio, a capacidade de resistência da vítima. Parece-nos a solução mais adequada à situação criada com o advento da Lei nº 9.099/95, quando se aceita a aplicação do art. 101 do CP nas hipóteses de crime complexo em seu sentido mais amplo (Julio Fabbrini Mirabete).*¹⁶¹

Com facilidade se vê que essa decisão, na esteira da Súmula 608 do STF, objetivou preencher uma lacuna deixada pela Suprema Corte, já que os crimes sexuais praticados mediante grave ameaça não estavam contemplados pela nova “ordem legal”. Além disso, parece invencível a situação criada pela lei 9.099/95 que condiciona a ação penal no crime de lesões corporais leves à representação do ofendido. Assim, ao deslocar para o tipo do artigo 146 do Código Penal, o fato integrante do crime complexo, declarou como pública incondicionada, sem outras alternativas, a ação penal nos crimes em referência, se sobrepondo ao artigo 225 do Código Penal, em todos os casos ali inscritos. É de ver, também, que essa decisão torna indistingüível a vítima adulta da criança e do adolescente.

Parece, no entanto, que essas decisões, imbuídas da mais franca boa vontade, não são a solução mais adequada para a matéria, pois, como antes dito, retira da vítima adulta o direito de se resguardar, que é fundamento principal que determinou a regra geral da iniciativa privada. Pode se dizer que a solução contempla um anseio premente da

¹⁶⁰ MIRABETE, J. F. *op. cit.*, RT 592/351. p. 826.

¹⁶¹ MIRABETE, J. F. *Idem*, JCAT 79/688-9, p. 1331.

sociedade de nosso tempo. Porque deveria ser a ação penal pública para esses crimes, abandona-se o conceito de preservação moral da vítima, outrora mais precioso que nos tempos que correm. É verdade que esse aspecto decaiu em significado porque, de fato, hoje se vê a vítima como vítima e não como um ser maculado. No entanto, existem exceções.

A adoção dessas políticas criminais, no entanto, não se livrou de severas críticas, como se vê:

Se sobreviver a afirmação de que, por violência ficta, também se justifique a ação pública, então se terá derruído exatamente aquilo que o legislador estatuiu: o direito da vítima em acionar, ou não acionar, o autor do atentado sexual. A Súmula viu-se editada, diz com propriedade o muito ilustre Procurador de Justiça, por razões de ordem pragmática; ou, pode-se acrescentar, por razões de política criminal, na mais elevantada concepção. Mas, teve o cuidado, o colendo STF, em contemplar, apenas, os casos em que houvesse violência real. Se se albergar, nessa disposição já tecnicamente questionável, também aquelas em que ocorra a violência ficta, então sobrará mais coisa alguma nesse tema sexual, de que a vítima pudesse dispor. Note-se que se não está falando nem mesmo em ação penal pública condicionada. Mas, em ação pública, diretamente. Nessa conjuntura, acaba, a denúncia, encampando crime para o qual estava positivamente desqualificada. A ilegitimidade de parte, na espécie, está patente. Não se pode conjurar por nenhum argumento técnico, por mais relevante, simpático e até patriótico que se possa apresentar. A ação penal é, pois, nula quanto ao estupro (Rev. – voto vencido; Ary Belfort – RT 657/271).¹⁶²

Muito embora se pretenda demonstrar que a ação penal nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes deva ser pública incondicionada, como se verá adiante, os fundamentos atendem à interpretação da estrita ordem legal, ou seja, as razões são outras. Quanto à postura do Supremo Tribunal Federal e da mencionada decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, bem como das decisões, no mesmo sentido, de tribunais de outros estados, trazem como efeito benéfico a possibilidade de se atender à proteção dos cidadãos visados por este estudo (crianças e adolescentes), no que refere à violência sexual que sofrem, excetuando-se os casos de violência presumida. Mas é prematuro avaliar as conseqüências no que refere às vítimas excluídas dessa faixa etária.

¹⁶² FRANCO, Alberto Silva e Outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, t. 2, 1997, p. 3060-1.

2.3.4 - A Iniciativa da Ação Penal Quando o Crime é Praticado Contra Crianças e Adolescentes

Como já exposto anteriormente a propositura da ação penal nos crimes contra os costumes, em regra, depende de queixa, a ser oferecida pelo ofendido ou seu representante legal, e em alguns casos dependem de representação, que também deve ser oferecida pelo ofendido ou seu representante legal, para que o Ministério Público possa intentar a ação penal.

De acordo com o disposto no artigo 30 do Código de Processo Penal, que trata da iniciativa da ação penal privada:

Art. 30 Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.¹⁶³

Este dispositivo é praticamente repetido no Código Penal no parágrafo 2º, do artigo 100.

No que se refere à ação penal condicionada à representação, determina o artigo 24 do Código de Processo Penal:

Art. 24 Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição de Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. (grifo nosso)¹⁶⁴

O dispositivo legal tem correspondência com o parágrafo 1º, do artigo 100 do Código Penal.

Assim, a regra é a mesma, seja quando a ação penal depende de queixa-crime ou quando depende do oferecimento de representação, cabe ao ofendido ou a seu representante oferecê-la. A iniciativa do representante legal é conferida quando o ofendido for incapaz.

¹⁶³ Código de Processo Penal. Art. 30.

¹⁶⁴ Código de Processo Penal. Art. 24.

Dispõe o artigo 34 do Código de Processo Penal: *Se ofendido for menor de 21 anos e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal*¹⁶⁵. Deste modo, diante da norma citada, a criança e o adolescente não tem, por si só, o poder de exercer o seu direito, de queixa ou representação, sendo que apuração e responsabilização do agente de crime sexual praticado contra criança e adolescente, independe da vontade destas neste sentido, ficando a decisão e o direito de ação, exclusivamente, ao arbítrio de seus representantes legais.

Relacionada ao direito de queixa ou de representação foi editada a Súmula 594 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: *Os direitos de queixa ou de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal*¹⁶⁶. Saliente-se que o ofendido mencionado na Súmula é aquele maior de dezoito anos.

O art. 38 e seu parágrafo único, do CPP, trata do prazo para oferecimento da representação:

Art. 38 Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

*Parágrafo único. Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação dentro do mesmo prazo, nos casos do arts. 24, parágrafo único e 31.*¹⁶⁷

A incapacidade, pelo critério da idade, no direito penal, cessa aos dezoito anos completos, ocasião em que inicia o prazo decadencial de seis meses, em relação ao ofendido (art.34, do CPP). Esse prazo decadencial só se inicia a partir do momento em que o ofendido ou representante legal tenha identificado o autor do delito ou, no caso específico do representante legal, quando também tome conhecimento do fato. No entanto, após decaído o direito de representação ou ação penal, do ofendido, predomina o entendimento de que o representante legal perde a legitimidade postulatória.

¹⁶⁵ Código de Processo Penal. Art. 34.

¹⁶⁶ Supremo Tribunal Federal. Súmula 594.

¹⁶⁷ Código de Processo Penal. Art. 38.

Nesse sentido:

✱ Se a ofendida completar dezoito anos e escoar-se o prazo de seis meses sem que ela ou seu representante legal apresentem queixa, há decadência não obstante demonstrar-se que o conhecimento do fato por parte do representante legal data de menos de seis meses... No RHC 48.570, relator o iminente Min. Aliomar Baleeiro, a 1ª Turma do STF por unanimidade decidiu que “a lei não pode dar ao representante legal direito que a vítima já tinha e não exerceu em tempo oportuno. Em consequência, “ocorre a decadência ou direito de queixa ou representação se não for exercido nos 6 meses após a vítima da sedução ter completado 18 anos”... “a menor de 18 anos civilmente, já tem capacidade relativa, devendo ser apenas assistida e não representada pelos representantes legais nos atos jurídicos. A lei quer o concurso de sua vontade com a dos pais. Nem ela nem eles. Dir-se-á que a situação é diferente no Direito Penal. Mas, neste, em crimes contra os costumes, a menoridade cessa aos 18 anos. A partir dessa idade o legislador presume que a menor tem maturidade mental, sexual e psicológica para consentir, calculando os riscos de sua afoiteza (...).¹⁶⁸

Noronha afirma que a situação do incapaz, seja a incapacidade absoluta ou relativa, é regulada não só pelas normas de Direito Civil, mas também pelas regras processuais. O artigo 34 do Código de Processo Penal possui determinação diversa da lei civil permitindo ao menor de 21 e maior de 18 anos exercer o direito de queixa sem assistência de seu representante legal. O artigo também faculta ao representante legal o oferecimento da queixa agindo individualmente no juízo criminal. Assim, ambos podem agir e colidindo o interesse dos dois a questão é resolvida pelo disposto nos artigos 50, parágrafo único e 52, do estatuto processual.¹⁶⁹

Ao se questionar a que representação legal se refere o Código Penal, pode-se dizer que a representação legal é aquela prevista na lei civil. Assim sendo, tem legitimidade para representação da pessoa incapaz (legitimação *ad processum*) as pessoas relacionadas no artigo 84 do Código Civil, ou seja, os pais, tutores ou curadores e na ausência destes, o curador especial nomeado pelo juiz.

Segundo Veronese:

O menor de idade, por possui uma capacidade restrita, não pode exercer seus direitos pessoalmente, necessitando, por isso, de representação ou assistência... A suposta incapacidade civil do menor tem início com seu nascimento com vida e termina com a

¹⁶⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. 3.ed., São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 844-5.

¹⁶⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 14.ed., São Paulo: Saraiva, v. I, 1981, p. 383-4.

*sua maioridade, que é fixada, sem distinção de sexo, aos 21 anos completos (C/C, art. 9º, caput), ou em casos de emancipação (CC, art. 9º, §§ 1º e 2º). A teoria das incapacidade existe para dar proteção àqueles que não possuem maturidade ou senso para preservar seus interesses, não os deixando sob a influência de terceiros.*¹⁷⁰

A representação dos incapazes está estabelecida da seguinte forma na legislação civil:

— No Código Civil: *As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores ou curadores em todos os atos jurídicos; as relativamente incapazes pelas pessoas e nos atos que este Código determina.*¹⁷¹

Assim, a representação legal dos incapazes decorre das relações de parentesco ou por nomeação da autoridade judiciária.

Também o Código de Processo Civil é neste sentido. Dispõe o art. 8º do Código de Processo Civil: *Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores, ou curadores, na forma da lei civil.*¹⁷²

Por fim o Estatuto da criança e do Adolescente trata da representação de incapazes, nos seguintes termos:

★ *Art. 142 - ECA - Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores, curadores, na forma da legislação civil ou processual.*

*Parágrafo único - A autoridade judiciária dará curador especial à criança e ao adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal, ainda que eventual.*¹⁷³

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal passou a conceder certa elasticidade ao conceito de legitimidade para fazer a representação nos crimes contra os costumes, conferindo poderes não só aos verdadeiros representantes legais, como também ao irmão, tio, avós, amásio da mãe da ofendida, pessoa ligada por relação de parentesco, e até mesmo à pessoa que tenha a menor sob sua guarda a qualquer título (RTJ 61/343, 36/82, 85/482, 126/143; RT 397/59, 709/391, 716/533, 396/366, 582/315). Conforme Tourinho Filho a

¹⁷⁰ VERONESE, J. R. P. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTR, 1999, p. 50.

¹⁷¹ Código Civil. Art. 84.

¹⁷² Código de Processo Civil. Art. 8.

¹⁷³ Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 142.

*criação pretoriana embora seja contra legem, é incensurável, porquanto objetiva resguardar os interesses da ofendida pobre...*¹⁷⁴

Fragoso relata:

Apesar da clara disposição contida no art. 24 CPP e de numerosas decisões em contrário (FR 114/497; RT 167/483; 187/590), o STF, no RECr 54.107, Rel. Min. Victor Nunes Leal, por unanimidade, em sua 2ª Turma, declarou que não há nulidade em representação feita, no crime de sedução, por um tio da menor, presumindo-se a autorização da mãe e dos avós paternos, com quem a vítima convivia. Em seu voto vencedor, o ilustre Min. Victor Nunes afirmou, com acerto, invocando anterior decisão do Tribunal (HC 40.667), a necessidade de opor-se ao excessivo formalismo em casos dessa natureza, que envolve gente pobre, ignorante das filigranas legais. Veja-se, ao propósito, a decisão publicada na RT 252/106, bem como RTJ 24/479 (DJ 12-11-64, 912). No julgamento do HC 41.902, relator, o Min. Evandro Lins, decidiu o Tribunal, por unanimidade, ser válida a representação feita por amásio da mãe da vítima que com esta vivia desde que tinha a menor três anos de idade. A representação (ratificada pela mãe da menor, em juízo, e fora do prazo legal) foi feita por quem tinha, de fato, a menor a seu cargo (RTJ 32/109). O STF tem admitido a validade de representação feita por pessoas que não representam legalmente o menor, vítima de crime. No HC 43.669, relator o ilustre Min. Aliomar Baleeiro, a 2ª Turma denegou a ordem unanimemente, admitindo validade de representação feita pela mãe da ofendida, embora vivo, capaz e residente com a família, o pai (RTJ 40/210). A 1ª C. Crim. do TJ do antigo estado da Guanabara no HC 20.453, relator o Des. João Frederico Mourão Russell, admitiu a validade de representação feita pela irmã da vítima, estando os pais em local indeterminado. Decisão unanime (RJ 14/306). O STF já admitiu representação feita pelo irmão (RTJ 36/82). No julgamento do RHC 48.495, a 1ª Turma do STF, relator o ilustre Min. Aliomar Baleeiro, denegou a ordem por unanimidade, afirmando ser válida a representação feita pelo avô, em caso de corrupção de menores. Como assinala o acórdão, “a jurisprudência do STF, em casos especiais, tem admitido que outro parente, como a mãe, o tio, o irmão possam apresentar queixa, quando o pai não pode fazê-lo por força de circunstâncias, a inflexibilidade da interpretação oposta frustraria a proteção legal de crianças e adolescentes ameaçados pela periculosidade de delinqüentes sexuais”. No caso em decisão, o avô tomou a iniciativa da ação penal em face de ser o pai um lavrador pobre, analfabeto e atingido por oligofrenia (DJ 19-3-71, 997) orientação corretíssima. A representação legal a que alude o art. 30 CPP é a do Direito Civil. Está correto admitir que a mãe e outros parentes possam fazer a representação, presumindo-se o consentimento

¹⁷⁴ TOURINHO FILHO, F. C. *op. cit.*

paterno ou a ausência deste. Em nenhum caso, todavia, pode prevalecer a representação feita em tais circunstâncias contra a expressa vontade do pai. Tal entendimento está a nosso ver, implícito na orientação jurisprudencial dominante. No RE 71.650 da 2ª Turma, relator o iminente Min. Aliomar Baleeiro, decidiu o Tribunal em caso de representação feita pela mãe da ofendida: “É de se presumir a aquiescência do pai, salvo expressa manifestação de vontade em sentido contrário. (RTJ 59/108). cf. também RT 435/261.”¹⁷⁵

⌈ Muito embora previsto no Código de Processo Penal que: *Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal*¹⁷⁶, no direito penal referido dispositivo praticamente não é usado, sendo que mesmo quando utilizado se mostra inócuo. Observe-se pelo disposto na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, a seguir colacionada: ➔

Quando a vítima, ou seu representante por ela, manifesta claramente, insofismavelmente, expressamente, que não pretende a punição do culpado por delito contra os costumes praticado contra aquela, como consequência não é o Ministério Público legitimado, após representação feita por curador especial, para o jus persecuendi; e não o é nem ordinariamente, porque lhe falta (ao Estado) a respectiva pretensão punitiva, nem extraordinariamente, porque não pode agir (embora em nome próprio) pela pretensão do ofendido, ou para defender direito dele. (RT 435/261).¹⁷⁷

De acordo com o disposto no artigo 34 do Código de Processo Penal, a criança e o adolescente, vítima de crime sexual, poderá, ao atingir dezoito anos, apesar de ainda ser relativamente incapaz para efeitos civis, propor a queixa e por analogia exercer o direito de representação.

Entretanto, há que se perquirir acerca da validade real do dispositivo em comento. Para se alcançar a resposta, bastaria se analisar com que frequência o dispositivo é utilizado.

Além disso, mesmo que o ofendido ao atingir os dezoito anos, através do meio legal, desse início à ação penal (queixa ou representação) de que modo sua palavra

¹⁷⁵ FRAGOSO, H. C. *Jurisprudência criminal*. p. 846-8.

¹⁷⁶ CÓDIGO de Processo Penal. Art. 33.

¹⁷⁷ MIRABETE, J. F. *op. cit.*, p. 81.

seria valorada, já que são conhecidas as conseqüências do abuso sexual em crianças e adolescentes, sendo que no mais das vezes essas pequenas vítimas acabam por trilhar caminhos que as levam à vida desregrada e à prostituição? Será que o ato ignóbil que a levou à prostituição seria devidamente apreciado, ou se perderia diante da falta de conhecimento e do preconceito? Outra dificuldade prática verificada nesse caso, é que a distância temporal dos fatos enfraquece a prova.

Deste modo, verifica-se que a ação penal nos crimes contra os costumes praticados contra crianças e adolescentes, de acordo com o disposto no Código Penal, depende da vontade de seus representantes legais, sendo que referida representação legal, mesmo nos casos em que o Supremo Tribunal Federal estendeu referida representação a outras pessoas, não subsiste, ou seja, não pode ser exercida diante da manifesta oposição desses representantes legais e mesmo quando nomeado curador especial ao menor, o direito deste permanece, em tese, nas mãos dos representantes legais.

Outro fator a ser avaliado, é que diversamente da ação penal pública incondicionada, a ação penal privada e pública condicionada são atingidas pela decadência, fator que contribui decisivamente para as altas taxas de impunidade no que se refere aos crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes.

CAPÍTULO III

O ACESSO À JUSTIÇA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E A AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

3.1 - O Conceito de Acesso à Justiça

De acordo com Cappelletti:

A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos...a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.¹⁷⁸

(...) o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação... O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos...Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna

¹⁷⁸ CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

*processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.*¹⁷⁹

O mesmo autor, ao tratar da efetividade do acesso à justiça afirma que este dado *poderia ser expresso como a completa 'igualdade de armas'*:

*Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de 'efetividade' é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a 'completa igualdade de armas' - a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avanças na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.*¹⁸⁰

Em sua obra Cappelletti¹⁸¹ analisa barreiras de acesso à justiça, concluindo que essas barreiras são maiores para pequenas causas e para autores individuais, mormente os pobres, sendo que a dificuldade maior em atacá-las está no fato de que se encontram inter-relacionadas, razão pela qual, muitas vezes a tentativa de mudança em relação a uma dessas barreiras pode melhorar o acesso por um lado, mas piorar por outro.

Segundo Veronese, na obra "Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente":

*O tema do acesso à Justiça, que não pode ser entendido como mera capacidade de ingressar em juízo, tem em seu fundamento a necessidade de maior conscientização por parte das camadas populares, com o intuito de se alcançar uma justiça social.*¹⁸²

Continua a autora acima citada:

(...) o acesso à Justiça, ante as transformações sofridas, é hoje entendido como um dos mais elementares direitos humanos, pois a sociedade passa a entender que não mais é suficiente que a ordem

¹⁷⁹ CAPELETTI, M.; GARTH, B. *op. cit.*, p. 12-3.

¹⁸⁰ CAPELETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 15.

¹⁸¹ CAPELETTI, M.; GARTH, B. *Idem*, p. 28-9.

¹⁸² VERONESE, J. R. P. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 17.

*jurídica simplesmente proclame direitos: é imprescindível que eles sejam efetivados, sendo que a interposição em juízo é, portanto, um dos mecanismos que visam à sua aplicabilidade prática.*¹⁸³

Veronese afirma:

*(...) não mais é suficiente que os ordenamentos jurídicos proclamem direitos, tornando imprescindível antes que os mesmos sejam concretizados. Portanto, o acesso à Justiça se coloca como um dos direitos humanos, isto é, consiste num caminho ou numa possibilidade de que os direitos existentes a nível formal, de fato, venham a ter eficácia plena no mundo dos fatos... O tema do acesso à Justiça, o qual não pode ser entendido como mera capacidade de ingressar em juízo, tem em seu fundamento a necessidade de uma maior politização por parte das camadas mais populares. Nesse sentido, o entendimento de que toda pessoa humana é sujeito de direitos faz-se imprescindível na formulação do conceito de cidadania, isto é, como a condição que identifica os direitos e garantias dos indivíduos, os quais, já satisfeitos em suas necessidades humanas básicas, tenham condições, quer enquanto indivíduos singularmente considerados, quer enquanto organizados em grupos, de participarem efetivamente nos destinos da sociedade e da vida política do país. Segundo tal leitura, as inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente devem gradativamente revolucionar o modo da família, da sociedade e do Estado de encararem as questões relativas à infância e juventude brasileira.*¹⁸⁴

Segundo Rodrigues é preciso que se destaque os dois sentidos, atribuídos pela doutrina, ao termo acesso à justiça, sendo que o primeiro considera o termo justiça como tendo o mesmo significado de poder judiciário e o segundo, que é mais amplo e engloba o primeiro, considera a expressão acesso à justiça como *acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais ao ser humano*.¹⁸⁵

Deste modo Rodrigues em sua obra: “Acesso à Justiça no sistema processual brasileiro”, trabalhou privilegiando o acesso ao judiciário. Anota o autor que *A busca de compreensão da problemática de acesso ao Judiciário, vinculada portanto ao direito processual, vista dentro de um contexto mais amplo, qual seja o da própria justiça social, dá-lhe um sentido diferenciado e possivelmente mais crítico.*¹⁸⁶

¹⁸³ VERONESE, J. R. P. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. p. 18.

¹⁸⁴ VERONESE, J. R. P. *Temas de direito da criança e do adolescente*. p. 17-8.

¹⁸⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

¹⁸⁶ RODRIGUES, H. W. *Idem*. p. 28.

Afirma ainda o autor mencionado:

*Se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, de outro é também evidente que não se pode afastar a idéia de acesso à justiça de acesso ao Judiciário. Os outros direitos, em última instância, dependem desse acesso sempre que forem respeitados; sem ele a cidadania se vê castrada, impotente. Há aqueles conflitos que podem e devem ser solucionados através de instrumentos paraestatais ou privados, mas é fundamental perceber-se que o Estado sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de um instrumento legítimo, através do qual possa exercer seu poder em última instância na busca da pacificação da sociedade. Sempre que um direito não for respeitado espontaneamente não há como fazê-lo legitimamente senão através do processo.*¹⁸⁷

Entende Rodrigues que é preciso que se considere que não basta ao homem o atributo da liberdade. *Há um imperativo maior: a própria condição de usufruir dessa liberdade - a posse de condição sócio-econômico-cultural capaz de admiti-lo como pessoa humana. O discurso jurídico liberal-legal, em diversos momentos, cala essa premissa fundamental.*¹⁸⁸

A desigualdade sócio-econômica é responsável, no que se refere ao acesso à justiça, por dois problemas, sendo o primeiro a dificuldade de acesso ao Direito e ao Judiciário, diante da falta de condições materiais para fazer frente aos gastos decorrentes de um litígio e o segundo a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal existente, deixa o mais pobre em desvantagem dentro do processo.¹⁸⁹

Relata o autor em análise:

*Segundo se percebe em grande parte da doutrina que analisa a temática do acesso à justiça nos últimos anos, se se quiser caminhar no sentido de uma superação do estado de injustiça absoluta reinante no Brasil, é necessária (além da institucionalização de direitos materiais reivindicados pela sociedade e ainda não positivados e de uma política social, econômica e educacional séria e que leve em consideração a realidade brasileira) também a criação de instrumentos jurídico-processuais que viabilize a concretização dos direitos presentes no **instituído sonogado**. Entre esses, os autores destacam os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, como devendo ser munidos de mecanismos mais eficazes de concretização. **instituído***

¹⁸⁷ RODRIGUES, H. W. *op. cit.*, p. 29.

¹⁸⁸ RODRIGUES, H. W. *Idem*, p. 35.

¹⁸⁹ RODRIGUES, H. W. *Idem*, p. 35.

*sonogado - é entendido como o conjunto dos direitos já positivados mas que continuam, mesmo assim, sendo negados à sociedade. São direitos institucionalizados, mas não concretizados.*¹⁹⁰

Expressa Rodrigues que outra questão importantíssima no que se refere ao acesso à justiça, é a referente à legitimidade processual. Afirma que:

*O mundo contemporâneo se caracteriza, entre outros aspectos, pela crescente ampliação dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Frente a esse fenômeno, surge a problemática que diz respeito ao fato de que o ordenamento jurídico pátrio está ainda em muitos pontos, segundo alguns autores, estruturado fundamentalmente sobre a idéia do indivíduo como titular de direitos, numa reprodução dos valores clássicos do liberalismo do século XVIII.*¹⁹¹

Veronese¹⁹² entende o acesso à justiça como um mecanismo viabilizador de justiça social decorrente da proteção aos direitos humanos fundamentais que, conforme determina a Constituição Federal, devem ser assegurados pelo poder judiciário. Afirma a autora que tanto a Constituição como a legislação ordinária asseguram os direitos do cidadão e pergunta o que é necessário fazer para que o homem comum se sinta “sujeito de direitos”. Salienta, então, a importância que tem a educação popular a fim de conscientizar a sociedade acerca de seus direitos e deveres e capacitá-la a lutar por eles.

Mencionando os estudos de Boaventura de Souza Santos, informa que as três barreiras, indicadas pelo citado autor como obstáculos ao acesso à justiça, são: econômicas, sociais e culturais. Em relação às barreiras sociais e culturais afirma que tanto maior é a distância dos cidadãos com o judiciário quanto mais inferiores economicamente forem estes cidadãos, já que além da falta de reconhecimento de um direito ainda há o problema da interposição da ação que por motivos de desconfiança ou resignação os mantém afastados dos tribunais. Apresenta também como motivo da *discriminação social do acesso à justiça a sensação de insegurança produzida pelo medo de futuras retaliações por parte do oponente mais forte nesta relação processual, que se vê publicamente exposto a uma processo.*¹⁹³

No tópico em que trata do acesso à justiça como exercício de cidadania a autora após fazer um apanhado histórico do significado do termo cidadania, apresenta um

¹⁹⁰ RODRIGUES, H. W. *op. cit.*, p. 36.

¹⁹¹ RODRIGUES, H. W. *Idem*, p. 38.

¹⁹² VERONESE, J. R. P. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*, p.42 e segs.

¹⁹³ VERONESE, J. R. P. *Idem*, p. 47.

conceito contemporâneo do termo, mas que se encontra em consonância com o conceito antigo no que diz respeito ao comprometimento com valores. Afirma que no Brasil a cidadania consiste na luta pelo reconhecimento de direitos, tanto dos novos direitos como daqueles já existentes e que no entanto não são respeitados.¹⁹⁴

A doutrina brasileira tem nominado o *acesso à justiça* como *acesso à ordem jurídica justa*¹⁹⁵, pois para Cintra:

*Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou à possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive no processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo e insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça.*¹⁹⁶

*É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir a sociedade e ao Estado. - O reconhecimento das conotações ideológicas do processo constitui um dos passos mais significativos da doutrina processual contemporânea. A mudança de **mentalidade** em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam sua própria existência.*¹⁹⁷

¹⁹⁴ VERONESE, J. R. P. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*, p. 51.

¹⁹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 33.

¹⁹⁶ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Idem*, p. 33-4.

¹⁹⁷ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Idem*, p. 45.

Pacheco¹⁹⁸ após apresentar algumas considerações de cunho histórico acerca dos modos de solução dos conflitos dos quais resultou o aparecimento do Estado e da justiça pública e da norma jurídica, afirma que ao Estado foi incumbido não só o mister de emitir a norma, mas de também aplicá-la ao caso concreto tutelando direitos e resolvendo os conflitos de interesses, nascendo a jurisdição, que se constitui em verdadeira expressão do Poder e cujo exercício depende da participação do cidadão através do processo.

Entende a autora:

*O direito de acesso à justiça, no sentido de acesso à ordem jurídica justa (e não apenas de acesso ao Judiciário) traduz-se num dos valores fundamentais da democracia e da própria sociedade, vez que denota uma preocupação com a questão da igualdade e com a efetividade de todos os outros direitos, sendo considerado o cerne da atual processualística.*¹⁹⁹

Deste modo, Pacheco afirma que o efetivo acesso à justiça é, muitas vezes, uma busca desestimulante diante de uma prestação jurisdicional onerosa, demorada, burocratizada e formal, buscando muitas vezes às margens do ordenamento jurídico vigente a solução para resolver seus problemas, revelando o descrédito da população nas instituições jurídicas, o que aumenta a instabilidade social.

*A possibilidade de acesso à justiça, em que pesem os esforços realizados, não é efetivamente igual para todos; persistem ainda desigualdades seja no plano econômico, social, cultural, regional, étnico, etário ou mental.*²⁰⁰

E acrescenta que, nesta questão:

*O Ministério Público tem papel relevante no que se refere à efetividade do acesso à justiça à sociedade, através de sua atuação prática, agindo como órgão garantidor desse acesso seja na preservação dos valores democráticos, na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público atua na defesa do interesse público primário corresponde ao interesse do bem geral, da sociedade, da coletividade, bem como na defesa do interesse público secundário o qual está representado pelo interesse da administração. Assim: o representante do Ministério Público pode provocar a prestação jurisdicional na qualidade de órgão estatal ou de defensor dos direitos indisponíveis do cidadão.*²⁰¹

¹⁹⁸ PACHECO, Maria do Carmos Rodrigues Andrade. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. Artigo publicado em 1995.

¹⁹⁹ PACHECO, M. C. R. A. Idem, p. 123.

²⁰⁰ PACHECO, M. C. R. A. Idem, lbedem.

²⁰¹ PACHECO, M. C. R. A. Idem, p. 124.

Continua a autora:

Atualmente, a atuação firme e independente do Ministério Público tem resgatado a credibilidade nas instituições jurídicas e a confiança na justiça. Isso se justifica pela sua postura na defesa intransigente dos interesses das minorias e dos grupos politicamente fracos, afirmando-os até mesmo contra entidades governamentais, sem embargo de ser uma instituição tradicionalmente ligada à administração da justiça (Cf. Cappelletti, 1988: 51/2, e Marioni, op. cit., p. 59).²⁰²

De acordo com Mazzilli (1993:19): *é fundamental deixar claro que, por paradoxal que possa parecer, seu mister acusatório já constitui o primeiro fator de proteção das liberdades individuais, por presença de um juiz imparcial porque desvinculado do ônus de acusar.*²⁰³

Entende Mazzilli que a verdadeira noção de interesse público (primário) está centrada no chamado bem geral da sociedade ou da coletividade, também denominado interesse social. A partir de 1994, com as obras de Mauro Cappelletti foram incluídos na clássica divisão entre interesse público e interesse privado também os interesses metaindividuais, ou seja interesses que atingem um grupo de pessoas que tem algo em comum. Saliente-se, entretanto, que o interesse público é também entendido como uma noção geral que engloba também os interesses coletivos e até os interesse individuais quando indisponíveis. Também os direitos difusos se identificam muitas vezes com o interesse público.

Para Mazzilli *são considerados interesses difusos aqueles: interesses indivisíveis, de grupo menos determinados de pessoas, entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um feixe de interesses individuais, com pontos em comum.*²⁰⁴

Ao tratar da defesa de interesses difusos e coletivos na área de proteção à infância e à juventude Mazzilli afirma:

Examinando os principais direitos ligados à proteção da infância e da juventude, enumerados pelo art. 227, caput, da Constituição, vemos que a indisponibilidade é sua nota predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa... Tratando-se de interesses indisponíveis de crianças ou

²⁰² PACHECO, M. C. R. A. Idem, p. 124.

²⁰³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa do interesse difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988,

²⁰⁴ MAZZILLI, H. N. Idem, p. 7.

*adolescentes, de interesses coletivos ou difusos - sua defesa sempre convirá à coletividade como um todo.*²⁰⁵

*Cabe advertir para que não se confunda a proteção penal de interesses difusos, coletivo ou individuais homogêneos, com os próprios interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos cuja tutela é objetivada na norma penal. O ius puniendi estatal sempre é direito público: deriva da soberania do Estado; seus titulares não são os indivíduos transindividualmente considerados. Assim, por exemplo, é difuso o interesse transindividual de defender a coletividade da propaganda enganosa, é público o direito do Estado de punir criminalmente o autor da propaganda enganosa...Agora sob o aspecto penal, mas ainda mantendo o mesmo exemplo relacionado com a defesa do consumidor, a publicidade enganosa ou abusiva também constitui crime. Sem prejuízo da proteção de eventuais interesses difusos relacionados com a propaganda, o interesse penal aí também existente, não será individual nem individual homogêneo, nem coletivo, nem difuso: trata-se de interesse público, do qual é titular o Estado soberano... Em todos os tempos, sempre existiram categorias intermediárias de interesses; nos últimos anos apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificar e proteger jurisdicionalmente todas as formas de interesses. E a preocupação se justifica especialmente porque todo nosso sistema jurídico foi concebido para defesa clássica de interesses por meio da legitimação ordinária: a) cada titular defende interesse meramente privado; b) o Estado defende o interesse público. Entretanto, a defesa de interesses metaindividuais de origem comum tem peculiaridades, de forma que o legislador reconheceu, aliás com acerto e até certa tardança, a necessidade de dar disciplina especial à defesa judicial desses interesses, estipulando regras próprias para disciplina da legitimação ativa e dos efeitos da coisa julgada. Para defesa na área cível dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, bem como para a defesa do próprio interesse público, existem as chamadas ações civis públicas ou ações coletivas.*²⁰⁶

Mazzilli afirma que através da legitimação ordinária o lesado defende o seu interesse. Deste modo, o Estado, através do Ministério Público, na área criminal promove a ação penal pública, exercendo o *ius puniendi* estatal.²⁰⁷

Para Pereira,

Na falta de quem represente ou assista o menor de idade ou no caso de colidirem os interesses deste com quem o represente, o Estatuto no art. 142, § único, repetindo o art. 387 do Código Civil, autoriza ao juiz a nomeação de um 'curador especial' também

²⁰⁵ MAZZILLI, H. N. *op. cit.*, p. 528-9.

²⁰⁶ MAZZILLI, H. N. *Idem*, p. 10-3.

²⁰⁷ MAZZILLI, H. N. *Idem*, p. 14.

previsto no art. 9º do CPC. A nomeação do 'curador especial' antigo 'curador à lide', na opinião de Pontes de Miranda, 'dá-lhe todas as funções que teria o pai, tutor, ou curador, se houvesse de acionar ou defender em Juízo o incapaz. representa-o, se é absolutamente incapaz; assiste-o se a incapacidade é relativa.' 'A nomeação do 'curador à lide' quando se dá colisão de interesses entre o incapaz e o titular do Pátrio Poder, Tutela ou Curatela pode ser 'de ofício' ou a requerimento do incapaz, do titular do Pátrio Poder, Tutela ou Curatela ou do Ministério Público (...).²⁰⁸

Entretanto, na área penal o que se observa, na prática, é que o dispositivo não é aplicado e mesmo quando aplicado não é suficiente para a defesa da criança e do adolescente nos casos de crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, pelos motivos que já se apresentaram no presente trabalho, mesmo porque aplicando-se o disposto no Código Penal, neste tocante, havendo divergência entre a vontade do curador e do representante legal os Tribunais tem decidido que prevalece a vontade dos representantes legais, conforme jurisprudência já colacionada.

É importante que se saliente a plena capacidade jurídica da criança e do adolescente no que se refere aos direitos fundamentais. Paolo Vercelone apud Pereira afirma:

A plena capacidade jurídica do cidadão menor de idade quanto aos Direitos Fundamentais. O fato de estar física e psiquicamente imaturo não exclui a perfeita correspondência entre a situação jurídica do adulto no que diz respeito aos Direitos Fundamentais os quais podem ser identificados basicamente nos direitos da personalidade, seja em relação ao Estado, seja em relação a outros cidadãos (...) Crianças e adolescentes não são mais pessoas capitis diminutiae, mas sujeitos de direitos plenos; eles têm, inclusive, mais direitos do que outros cidadãos, isto é, eles têm direitos específicos. (...) Esses direitos lhes asseguram o desenvolvimento, o crescimento, o cumprimento de suas potencialidades, a tornar-se cidadão adulto e digno'.²⁰⁹

O Direito Civil Brasileiro refere-se ao instituto da 'Personalidade Jurídica' ou 'Capacidade de Direito' como *aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações*, distinguindo-a da 'Capacidade de Fato' ou 'Capacidade de exercício', como *aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmos*²¹⁰.

²⁰⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. **Dirito da Criança e do Adolescente - uma proposta interdiscilinar**. p. 62-3.

²⁰⁹ VERCELONE, Paolo. In.: PEREIRA, T. S. *op. cit.*, p. 18.

²¹⁰ PEREIRA, Caio Mário Silva. In.: PEREIRA, T. S. *op. cit.*, p. 59-60.

Considera ao mesmo autor que,

a capacidade de direito, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo sob pena de desprovê-lo da personalidade. Por isso dizemos que todo homem é dela dotado, em princípio (...) Aos indivíduos, às vezes, faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil. Embora não lhes negue a ordem jurídica a capacidade de gozo ou de aquisição, recusa-lhes a autodeterminação, interdizendo-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente porém, condicionado sempre à intervenção de outra pessoa que o representa ou assiste²¹¹.

No que pertine à criança e adolescente, além das dificuldades indicadas pelos diversos autores citados, acresce-se o fato de que, até a adoção da doutrina da proteção integral, seu acesso à justiça estava, quase sempre, na dependência e deliberação de um intermediário (pais ou responsáveis) esses próprios também tolhidos pelos entraves comuns aos cidadãos. Ainda agora, com a adoção pela norma constitucional da integral proteção, esse acesso fica embaraçado, notadamente nos crimes sexuais objetos do estudo, pela equivocada interpretação da lei, pois a ação penal privada, vista como vigente pelos tribunais, é uma barreira que mantém a realização da justiça no campo da aspiração, na maioria dos casos.

É ilusório pensar que o comando da doutrina da proteção integral, por nós acolhida, irá permitir o pleno acesso à justiça, como num passe de mágica. Essa satisfação fundamental tem um árduo caminho a palmilhar pois, a despeito da ordem jurídica favorável, ainda serão a alienação econômica, social e política as grandes muralhas a manter a imensa população de desassistidos ao largo da proteção judiciária.

Avanço inquestionável na questão de acesso à justiça virá ser a adoção da ação penal pública incondicionada em todos os delitos que vierem atingir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, notadamente nos crimes de constrangimento sexual que, teimosamente, prosseguem manietados ao velho enunciado da ação privada, do Código Penal, como se verá na última matéria do presente capítulo.

²¹¹ PEREIRA, C. M. S. PEREIRA, T. S. *op. cit.*, p. 59-60.

3.2 - Estudo de Caso

Através do presente estudo de caso se pretende ilustrar o problema da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes fazendo-se algumas considerações acerca dos dados colhidos. A pesquisa foi realizada em 31 processos e 16 inquéritos policiais que tramitaram na comarca de Xaxim entre os meses de janeiro de 1990 e julho de 2000 e que tem como vítima crianças e adolescentes.

Nos processos criminais, dos delitos praticados, constatou-se 17 casos de estupro e 14 casos de atentado violento ao pudor, sendo os delitos levados ao conhecimento da autoridade policial, na sua maioria, pelos representantes legais do menor (17 casos), sendo 10 dos casos levados a conhecimento pelo Conselho Tutelar, parentes e outros e em 4 casos a própria vítima procurou diretamente a polícia. Ao se verificar o comportamento dos representantes legais dos menores em juízo, constatou-se que 15 não foram ouvidos, 11 confirmaram o relatado na fase policial e 5 negaram os fatos. Todos os processos se iniciaram mediante denúncia, não havendo um caso sequer de queixa-crime. Das 31 vítimas, 30 tinham até 14 anos de idade, sendo 1 apenas maior que 14 anos. 29 eram do sexo feminino e 2 do sexo masculino. Os agressores, na sua maior parte, apresentavam idade entre 20 e 40 anos, sendo somente uma mulher denunciada, com base nos disposto no artigo 29, do Código Penal. No que se refere à relação existente entre agressor e vítima constatou-se 13 casos em que não havia relação de parentesco ou amizade entre ambos, 8 casos em que às vítimas eram filhas ou enteadas do agressor e outros 10 casos em que havia relação de parentesco e vizinhança entre a ofendida e acusado. Em nenhum dos casos foi nomeado curador especial previsto na legislação penal. Dos processos analisados 13 ainda estão em andamento; em 9 dos processos os réus foram absolvidos; em 6 foram condenados; dois estão suspensos com a prisão preventiva dos réus decretada e um dos delitos foi desclassificado.

Nos inquéritos policiais examinados, constatou-se a prática de 11 casos de estupro e 4 de atentado violento ao pudor e 1 de posse sexual mediante fraude. A notícia do delito foi levada ao conhecimento da autoridade policial em 11 dos casos pelos pais da ofendida, 4 dos casos pela própria vítima e 1 caso pelo Conselho Tutelar, sendo que em 11 casos houve regular representação, e, em 7 dos casos houve retratação da representação

oferecida por parte dos representantes legais das vítimas. Verificou-se que 13 das vítimas tinham até 14 anos de idade e somente 3 mais de 14 anos de idade, 15 de sexo feminino e 1 do sexo masculino. Os agressores, na sua maioria, apresentaram idade de 20 a 40 anos, na sua totalidade do sexo masculino. Na maioria dos casos as vítimas não tinham relação de parentesco ou amizade com os réus. Os autos de inquérito foram arquivados na sua maioria em decorrência da ausência de representação (9), 4 por falta de provas, 1 extinto a punibilidade pelo casamento entre réu e vítima, restando 1 em andamento.

Há razoável possibilidade de terem se perdido alguns registros, haja vista a conhecida desorganização dos cartórios judiciais e à ausência de estatística sistematizada acerca dos diversos tipos de infrações penais.

É certo notar, entretanto, que a autoridade policial e o Poder Judiciário só são noticiados de parte desses delitos, já que significativo número de ocorrências se perdem no silêncio temeroso das vítimas e na omissão da família. Fora isso, há notícias de freqüente cumplicidade dos pais que, não raro, prostíbem os filhos menores a troco de algum tipo de vantagem econômica. Já se teve notícia, noutra comarca próxima, do caso em que um homem mantinha em sua casa, para uso sexual, duas filhas da família vizinha, menores de 14 anos, a troco de comida regular à família de ambas. Esta observação é apenas ilustrativa das diversas situações que podem ocorrer e que não ingressam nas estatísticas e nem chegam ao conhecimento do poder público, especialmente porque há o consentimento de quem tem o dever legal de prestar proteção.

Se extrai do estudo que as vítimas, na maioria, são pobres, perdendo-se, em muitos casos, a possibilidade da repressão penal por conta da ausência de uma mera formalidade, que é a representação. Num caso isolado, mas significativo, faltou a prova da pobreza, se identificando, aí, um certo descaso dos agentes públicos, já que, como se demonstrou no trabalho, essa condição pode ser provada de qualquer modo, até a sentença de mérito, não se justificando, por esse motivo, a falta de propositura da ação penal.

O número de retratações, seja no que refere ao relato da verdade, como no que diz respeito à não apresentação de representação formal, apesar de consumada a iniciativa de levar o fato ao conhecimento da autoridade policial, é sintomático da fragilidade da iniciativa privada e do temor inspirado pelo agressor. Registra-se, de passagem, que de acordo com a nossa sistemática processual, os depoimentos testemunhais são prestados na presença do Réu. Por justiça, deve se afirmar que os juizes tem se

mostrado sensíveis nesse aspecto, determinando o afastamento do Réu quando sua presença inspira temor à vítima ou à testemunha.

O número de absolvições supera o número de condenações porque se tratam de crimes, na maioria, praticados longe da vista de testemunhas. Por isso, a jurisprudência vem emprestando grande valor à palavra da vítima.

O número de casos levantados, parcela da cifra verdadeira, demonstra uma grande frequência de delitos dessa natureza, ainda mais se for considerado que se trata de uma comarca pequena.

Mais emblemático que tudo isso é o fato de que a maioria absoluta de vítimas são crianças com idade inferior a 14 anos. Só nesses registros oficiais há quase uma meia centena de vítimas, o que talvez represente apenas a ponta do *iceberg*. Mas, mesmo tomado esse número que se pôde apanhar, o quadro é deveras preocupante, pois significa que só no campo do estupro e do atentado violento ao pudor existe um grande número de crianças traumatizadas, cujas seqüelas poderão se refletir no futuro.

A experiência forense e a lógica humana indicam a imponderabilidade da denúncia falsa nesses tipos de crimes. Isso raramente acontece posto que a vítima e a família, esta no caso de ofensas externas, dificilmente iriam criar um fato que, nesses meios, traz profunda vergonha e humilhação. Isso leva à conclusão de que, na maioria, as comunicações à autoridade correspondem a fatos verdadeiros, revelando uma grande impunidade o número acentuado de absolvições.

O presente estudo, apesar de não revestido de rigor científico e não alcançar os crimes sonogados à justiça, revela que o *jus puniendi* deve ficar inteiramente compelido ao Estado. A vítima, sua mãe (nos atentados domésticos) e sua família, não devem figurar no processo como detentores da ação penal pois essa condição as enfraquece perante o agressor. Quando a ação penal depende do comando do particular, alheado dos recursos econômicos, como sói acontecer, a acusação perde vigor. Já quando o atentado parte do pai ou do padrasto (no sentido amplo), parece que a solução adequada seria o imediato afastamento da criança do convívio do lar, mesmo que provisoriamente, pois a prática indica que, passado o impulso que leva a mãe a relatar o fato à autoridade, sobrevem a pressão do agressor, de seus parentes e da própria necessidade de sustento, levando-a a constranger a vítima a negar o fato.

Para concluir, anota-se que o estudo abrangeu a Comarca de Xaxim-SC, da qual fazem parte os municípios de Xaxim, Lageado Grande, Marema e Entre Rios, localizados no sul do Brasil, onde se afirma haver melhores condições de vida que em outras regiões do país. Isso leva à certeza de que o quadro geral é estarrecedor, exigindo da sociedade e do Estado uma nova ordem, seja no tocante à implantação plena da doutrina da proteção integral; seja no sentido de criar mecanismos de repressão mais adequados e eficientes, a começar pela adoção irrestrita da ação penal pública incondicionada para esse tipo de delito, em obediência ao que dita a Constituição da República em seu 227º artigo, como se verá a seguir.

3.3 - A Ação Penal Pública Incondicionada ante a Doutrina da Proteção Integral

Como se viu no capítulo anterior, abalizadas opiniões de tratadistas foram emitidas na defesa da ação penal pública incondicionada, nos crimes sexuais violentos, independente da vontade da vítima. Dentre as inúmeras razões apontadas a que mais parece ter peso é aquela fundada na idéia de que o autor, nesse tipo de delito é, presumivelmente, perigoso para toda a sociedade, sendo do interesse público sua punição, que teria também o caráter de prevenção criminal.

Na defesa da ação penal privada, o direito à privacidade e o pudor da vítima deveriam prevalecer, já que a exposição pública do delito, através do processo penal, poderia ser mais danosa que o próprio fato.

Outras razões, não menos valiosas, sustentavam as duas correntes. Todavia, boa parte desses argumentos se fundava no pensamento de uma época em que os valores eram diferentes. Com notável celeridade, o Século XX trouxe grandes mudanças. O termo “costumes”, com que foi definido um dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais relacionados ao sexo, hoje, parece ter um significado vago e distante.

Cientes dessas mudanças e das exigências sociais contemporâneas, os operadores do direito engrossaram as fileiras que pugnavam pelo fim da ação penal privada nessa espécie de delito, nas figuras de estupro e atentado violento ao pudor. O

entendimento que mais se acentuou partiu da noção de que o objeto jurídico tutelado era a dignidade humana; que a publicidade do fato já não oferecia mais os mesmos danos ao ofendido em vista da mudança dos valores morais e; que o interesse público deveria se sobrepor ao privado, quando se tratava de reprimir autores de crimes de mais alta gravidade. A isso também acresceu a constatação de que a vítima quase sempre estava inferiorizada em relação ao agressor e que essa fragilidade a tornava inerte, impotente, abrindo-se uma larga passagem para a impunidade.

Por isso, adotaram-se na jurisprudência pátria algumas inovações, alargando a ação penal pública nos crimes sexuais quando presentes a violência real ou a grave ameaça. Essa solução, no entanto, vêm merecendo severas críticas posto que, de fato, não encontra sustentação na ordem legal vigente.

No que refere à vítima adulta, ao que parece, a solução permanece vinculada ao texto do Código Penal, sendo certo que mudanças hão de vir. Todavia, quando o crime encontra no polo passivo a criança e o adolescente, não é pretensão dizer que já existe uma clara definição, em face da ordem legal vigente.

Vitoriosa a doutrina da proteção integral, consubstanciada no melhor interesse da criança e do adolescente, foi ela incorporada expressamente no nosso ordenamento legal. Assim, insculpiu-se na Constituição de 1988 o princípio de que a criança e o adolescente detém direitos fundamentais que não podem ser dispostos pela família, pela sociedade ou pelo Estado.

O artigo 227 da Constituição estabelece que é **dever** da família, da sociedade e do Estado assegurar ao menor o direito, entre outros , **à vida, à dignidade e ao respeito**.

O substantivo **dever**, que aqui corresponde a uma obrigação incondicional, significa que se trata de matéria de ordem pública, do mais alto interesse e indeclinável. Ao descumprimento de um dever deve se contrapor uma sanção, sob pena de ineficiência da norma.

Quando o dispositivo refere à família, compreende-se o dever como sendo dos pais ou responsáveis legais que, eventualmente, os substituem. No entanto, em franca desarmonia com o preceito constitucional, o Código Penal estabelece que os pais ou responsáveis pela criança e adolescente ofendidos em delitos de abuso sexual, podem

dispor de seus direitos, sonegando-lhes proteção à dignidade e ao respeito. Se sobrevive esse conceito do Código Penal, teríamos que admitir que, ao contrário do que expressa a Constituição, **não é dever da família assegurar ao menor o direito à dignidade e ao respeito.**

A defesa particular ou a ação penal privada não pode ser compreendida como dever, já que se trata de mera faculdade, de livre disposição de seu titular. O menor, até atingir 18 anos de idade, em sede penal e processual penal, está limitado à condição de titular da vida, liberdade, dignidade e respeito, que são, entre outros, alguns de seus direitos fundamentais. Não dispõe, no entanto, de capacidade postulatória, ou seja, falta-lhe condição para, em seu próprio interesse, propor a ação penal privada em relação à violação sexual sofrida. Nos Códigos Penal e Processual Penal essa capacidade é conferida aos pais ou responsáveis que representam os interesses e defendem os direitos dos filhos incapazes.

Decorre daí uma contradição primária: sustentando-se a ação penal privada na idéia indiscutível da disponibilidade de um direito seria possível interpretar que a Constituição tivesse criado uma forma de ação penal privada obrigatória, ou indisponível? Prosseguem os crimes de estupro e atentado violento ao pudor objetos de ação penal privada, a despeito de serem os pais obrigados, por dever legal, a assegurar os direitos fundamentais dos filhos incluídos na categoria de crianças e adolescentes? Obviamente não, pois o texto do artigo 227 da Constituição da República, declara de interesse público esses direitos, tornando-os, por isso, absolutamente indisponíveis. E se são de ordem pública e indisponíveis não podem ser objeto da *facultas agendi* dos pais.

Visto que a ação penal privada, nesses casos, foi fulminada por comando constitucional, parece que à família restou o dever de levar o conhecimento do fato à autoridade para a promoção de persecução penal. Todavia, como já se disse, ao descumprimento de um dever instituído deve se contrapor uma sanção. Aparentemente está se fazendo imprescindível que a lei ordinária estabeleça uma pena para o descumprimento desse dever instituído, com relação aos pais.

Apenas para ilustrar, no caso dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra criança e adolescente não é pretensioso dizer que a inação e a indiferença dos pais ou responsáveis encontra vaga correspondência com um tipo penal, que é o crime de maus tratos, previsto no artigo 136 do Estatuto Repressivo. É que o conceito de saúde abrange não só a entidade corpórea, como diz respeito ao psiquismo, este, mais que o

corpo, tributário das graves seqüelas que deixam os crimes sexuais violentos. Dessa forma, é certo afirmar que o crime sexual expõe, de forma prolongada, a saúde psíquica do ofendido, especialmente quando se trata de criança ou adolescente e se, diante da ofensa, os pais ou responsáveis se omitem, estarão privando o lesado de cuidados indispensáveis.

Já no que pertine à sociedade, mencionada no artigo 227 da Constituição, deve-se compreender que cada cidadão, em tese, tem responsabilidade de zelar e agir ao se deparar com a violação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Se a sociedade foi colocada no nível da família, na defesa desses direitos, não pretenderam os constituintes que qualquer cidadão adquirisse a titularidade da ação penal nos crimes contra a dignidade e respeito da criança e adolescente. Mas, assim como a família, cada cidadão passou a incorporar o dever de provocar a ação da autoridade em tais casos, especialmente quando se omitem os pais ou responsáveis.

Na omissão da família age qualquer um do povo e, na inércia desses, deve agir o Estado. Importa questionar essa forma de agir do Estado. Por óbvio, o Estado é o último fortim, por onde não poderá passar a omissão. Sendo o crime sexual, praticado mediante violência (ficta ou real) ou grave ameaça, um atentado efetivo à dignidade e respeito da criança ou adolescente, em que **deve** o Estado agir? Seria esse agir limitado ao tratamento eventual do violado, sem qualquer interesse na punição do violador? Teria a Constituição instituído um preceito inútil e sem sentido?

Quando, no parágrafo 4º do artigo 227 a Constituição estabeleceu que *A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*, não mais permitiu cogitação alguma que não a do estabelecimento da ação penal pública incondicionada naqueles casos. Não há ressalvas que permitam concluir que **a lei punirá**, dependente da disposição dos pais ou responsáveis. Trata-se de norma cogente, imperativa, que obriga a punição dos autores dessa espécie de crimes. Se admissível o livre dispor dos pais ou responsáveis, a expressão utilizada no texto constitucional teria que ser mudada, já que a lei não poderia punir a violação ante o desinteresse daqueles que detivessem o poder de decidir.

Por força desses dispositivos, verifica-se que a Constituição revogou a ação penal privada prevista no artigo 225 do Código Penal, no que pertine a crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados contra crianças e adolescentes.

Poder-se-ia indagar se ocorreu, de fato, essa revogação parcial ou se remanesce a ação penal privada concorrente e simultânea à ação penal pública, já que a família e o Estado foram colocados em igual condição no dispositivo constitucional. Esse hibridismo simultâneo não está contemplado no Código de Processo Penal e nem parece aceitável, já que não haveria como contornar a questão da decadência para o particular. No entanto, cabe a ação penal privada subsidiária estatuída no artigo 29 do Código de Processo Penal, desaparecendo a decadência referida no artigo 38 do mesmo estatuto.

Não fosse bastante o texto constitucional, a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seu artigo 5º, adotando a doutrina da proteção integral, também estabelece que atentados, por ação ou omissão, contra os direitos fundamentais da criança e adolescentes, entre eles a violência, crueldade e opressão, serão punidos na forma da lei.

Novamente se lê, aqui, a forma imperativa e irrestrita que impõe que a punição dos autores desses atentados não depende de qualquer condição e, muito menos, de assentimento dos pais ou responsáveis. Estabeleceu o Estatuto, de modo inequívoco, o dever de ação do Estado e, não estivesse parcialmente revogado a artigo 225 do Código Penal pela Constituição, o seria por essa lei posterior.

De fato, não se poderia compreender que, adotando nossas leis, de forma ampla, uma doutrina que se diz de “proteção integral” se pudesse olvidar seus primados. Quando essa proteção é definida como dever do Estado, a condição de ser “integral” não dá margem à interpretação dúbia de que uma ou outra restrição seja permitida. A integridade e a dignidade da criança e do adolescente, estando entre seus mais expressivos direitos fundamentais, não estão excluídos dessa integralidade a ser protegida pelo Estado.

Ademais não é difícil perceber que a doutrina da proteção integral foi formulada tendo em vista o próprio Estado. Não é comum se elaborar uma doutrina para aplicá-la à família e à sociedade. A rigor, pode se afirmar que a doutrina da proteção integral é doutrina para o Estado e apenas um mero princípio para a família e a sociedade.

Não se trata, portanto, de defender ideologicamente a ação penal pública como fórmula adequada de repressão à violência sexual praticada contra criança e adolescente. O que se verifica é que a ordem legal presente, em consonância com a

doutrina da proteção integral, confere ao Estado o poder/dever de promoção da persecução penal nesses casos.

A Doutrina da Proteção Integral só estará efetivada no Brasil com a implantação definitiva, especialmente no Ministério Público e no Poder Judiciário, da ação penal pública incondicionada em relação aos mencionados delitos. Não se permitindo, nesses meios, o entendimento de que a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente alteraram o artigo 225 do Código Penal, nessa face, a Doutrina da Proteção Integral não passará de mera retórica legislativa, devendo, mais apropriadamente, ser denominada de “doutrina da proteção parcial”.

De resto, a solução posta pela norma expressa, está em sintonia com uma das mais sérias aspirações da sociedade contemporânea, que é a repressão severa dos crimes sexuais e outros abusos praticados contra a criança.

As questões, outrora relevantes, que levaram ao estabelecimento da ação penal privada, como regra geral, já decaíram em valor. Nos tempos que hoje correm, a vítima é vista nessa exata condição. No entanto, os motivos alinhados pelos defensores da ação penal pública se tornaram ainda mais robustos. Por isso, é de esperar que os Tribunais se inclinem para a interpretação que se defende, atendendo ao anseio já captado pelo próprio Supremo Tribunal Federal que, por outras vias, alargou o Universo da ação penal pública em relação aos crimes sexuais violentos.

Ihering, nesse tocante, traz um dos mais significativos enunciados:

O direito e a justiça só podem prosperar num país, quando um juiz está todos os dias num tribunal e quando a polícia vela por meio de seus agentes, mas cada um deve contribuir pela sua parte para essa obra. Toda gente tem a missão e obrigação de esmagar em toda parte, onde ela se erga, a cabeça da hidra que se chama o arbítrio e a ilegalidade. Todos aqueles que fruem os benefícios do direito devem também contribuir pela sua parte, para sustentar o poder e a autoridade da lei; em resumo, cada qual é um lutador nato, pelo direito, no interesse da sociedade.²¹²

²¹² IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. João de Vasconcelos, 16.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os costumes, o conhecimento e as práticas sociais não sofrem mutações para ressurgir como organismo novo. O que se passa nesse campo é um processo evolutivo gradual, em que cada novo conceito ou avanço tem a marca indelével do conhecimento repassado. Por isso, para se tratar da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, do conceito de acesso à justiça e dos crimes sexuais, das práticas penais e processuais penais hoje vigentes, é indispensável garimpar no passado histórico da humanidade.

É enganoso julgar que no nosso tempo alcançamos a verdadeira razão das coisas e que nossas soluções serão as definitivas. Na frente já seguiu tanta gente e nossa estrada terá outros passantes, como diz a canção “A Estrada e o Violeiro”, na interpretação inesquecível de Nara Leão.

A criança e o adolescente não são muito referenciados na História humana. Certamente mereceram mais destaque do que nos contam os livros. Todavia, também é certo que sempre foram as potenciais vítimas das diversas sociedades. Hoje, a despeito dos notáveis avanços de pensamento, traduzidos, em especial pela doutrina da proteção integral, esse *status* de vítima pouco se modificou, pois uma coisa é alterar a lei e outra é efetivar uma política justa.

Não exige qualquer esforço perceber que as nações de menor índice de criminalidade e de corrupção são aquelas em que se implantou um mínimo de justiça social. Da mesma forma percebe-se que nos países pobres ou de população carente, há uma fértil e crescente criminalidade. Daí se conclui que a solução do problema criminal não passa, necessariamente, pela existência de uma estrutura repressiva eficiente.

No que pertine aos crimes contra a criança e o adolescente, a reflexão deve caminhar nessa mesma linha. Ingenuidade é pensar que a ação penal pública incondicionada nos crimes que atentem contra sua dignidade e outros direitos fundamentais venha se constituir num grande avanço. É apenas um avanço necessário que

encerra boa dose de utilidade. Mas, a par disso, só a emancipação econômica e cultural de uma sociedade pode ser considerada como fórmula de minimização dos conflitos, em especial os conflitos da criminalidade. A pobreza apresenta-se como a grande vilã, já que nada ter significa, inexoravelmente, nada a perder, desaguando nas condutas anti-sociais.

De qualquer sorte, o tema que se aborda tem grande relevância no atual quadro brasileiro e universal. Finalmente chega-se à consagração de um princípio que eleva a criança e o adolescente à condição de cidadão, sujeito à plena proteção do Estado.

No primeiro quadrante da pesquisa se colhe a evolução histórica dos direitos das crianças e adolescentes, até a consagração da doutrina contemporânea da proteção plena ou integral. Se obteve, nesse estudo, a noção do horror imposto a esse grupo de impotentes ao longo da história. De “coisa”, brinquete ou um quase nada, durante alguns milênios, a criança passou a ser vista pela civilização ocidental com alguém merecedor de atenção e, por que não dizer, de investimento. Ao se aperceber que o violado acaba sendo, inexoravelmente, o violador do futuro os pensadores voltaram suas atenções a todo esse contingente. Essa visão, de conotação humanitarista, também encerra o conceito de utilidade social, pois trata-se de minimizar os conflitos sociais presentes e futuros.

É a doutrina da proteção integral o mais bem acabado projeto que a humanidade já dedicou à criança e ao adolescente mas, pressuroso seria afirmar que se trata de um projeto implantado. De qualquer modo, há nessa nova ordem doutrinária e legal um instrumental imenso que, manejado com seriedade, importará num avanço efetivo da própria civilização.

Para os propósitos da pesquisa necessário se fez um breve repassar pelos conceitos de crimes contra a liberdade sexual e das fórmulas legais adotadas para a repressão, questões que nunca encontraram unanimidade entre os tratadistas.

Um dos objetos jurídicos tutelados nos tipos penais elencados no Código é nominado de proteção aos costumes. Os costumes ali referidos são, em parte, frutos de uma moralidade de época. O Código Penal foi editado num tempo em que prevalecia uma certa hipocrisia moralista, em que se atribuíam grande valor à pureza feminina, à virgindade e ao conceito de donzela. No centro dessa visão definiu-se o crime de estupro como contraponto aos atentados contra esses conceitos que congregavam os “costumes” de então. Já o atentado violento ao pudor, a despeito de também pretender a defesa dos

“costumes”, continha, mais forte, o escopo de punir o criminoso, naquilo que era visto como a mais irrestrita degenerescência sexual do homem. De certo modo, os fundamentos dessa criminalização eram preconceituosos, andando lado a lado com as disposições do próprio Código Civil.

Também tutelaram esses tipos a liberdade de dispor da vontade e do corpo. Um tanto olvidado, no entanto, ficou o bem jurídico mais lesado nesse tipo de delito que é a dignidade humana, que foi definitivamente incorporada como direito fundamental, no tocante a crianças e adolescentes, com a adoção da doutrina da proteção integral. Também se reconhece, hoje, como bem jurídico dos cidadãos em geral.

Por outro lado, ao estabelecer-se a ação penal privada como regra nos crimes contra a liberdade sexual, pretextou o legislador tutelar justamente a dignidade do ofendido.

Em meio a esse quadro, a proteção da dignidade da criança e do adolescente, foi delegada aos pais ou responsáveis, negando-se-lhes, de certo modo, o acesso à justiça, quando violadas em crimes sexuais praticados com violência ou grave ameaça. Numa disposição de pouca utilidade e eficácia, o Código conferiu a essa classe de cidadãos (ainda não cidadãos) o direito pessoal à persecução penal, após atingida a idade de 18 anos. Nem parece necessário dizer que a distância do fato e da própria prova, adicionado a outros fatores, tornaram letra morta esse dispositivo.

Não bastasse a incapacidade postulatória dessas vítimas, os próprios pais ou responsáveis também contaram com imensa dificuldade de promover a reparação penal. A defesa particular, sabidamente, é precária e na maioria das vezes, temerária, pois exige uma forte contraposição ao autor de delito que revela desprezo às regras morais e à própria dignidade do lesado. Esses aspectos, aliados a outros fatores identificados na pesquisa, tornaram a justiça penal quase inacessível, no que refere aos crimes sexuais praticados contra criança e adolescente.

Em atenção a esse sentimento de impotência das vítimas e da própria sociedade que assistia, horrorizada, à brutalização crescente de crianças e adolescentes indefesos no País, se acentuou a corrente doutrinária que via como necessária a ação penal pública incondicionada nos crimes sexuais violentos em geral. Seguiu-se daí a extensão do conceito de modo a abranger os delitos perpetrados com violência real, de que decorresse

lesão corporal de natureza leve, já que nos casos de lesões graves e morte, já se impunha a ação penal pública. Esse pensamento fundou-se na asserção de que se estaria diante de crime complexo e que, exigindo um dos integrantes do tipo (lesões corporais) a ação penal pública, essa deveria prevalecer. Essa tese sobrevive apesar do advento da Lei nº 9.099/95 que passou a considerar a lesão corporal leve delito de menor potencial ofensivo, disponível pela vítima, já que ficou condicionado à representação desta. Na esteira desse enunciado o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina acordou que o componente do crime complexo era o Constrangimento Ilegal (art. 146 do CP) este sim de ação penal pública incondicionada.

Todavia, com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que inscreveram na ordem legal a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, enunciando com clareza o poder/dever do Estado, de assegurar os direitos fundamentais dessa classe de cidadãos, resguardando-a contra atentados à sua dignidade, resultou inequívoco que a ação penal nos casos em apreço (estupro e atentado violento ao pudor contra criança e adolescente) não é mais disponível e, portanto, pública incondicionada.

A tese proposta pretende - sem ser pretensiosa - o despertar dessa consciência, ensejando discussões mais amplas e abalizadas. No entanto, sua virtude, se permitido dizer, é o fato de pleitear a efetiva implantação da tutela jurídica integral às vítimas.

Já não faz mais sentido a idéia de se resguardar o violado dos traumas do processo. De tanto resguardar as vítimas a impunidade multiplica os agressores de tal modo que o universo dos lesados também se avoluma. Segue-se daí um ciclo inevitável, pois ninguém pode esperar que o brutalizado não venha a causar conflitos futuros.

Na ausência de justiça econômica e social, a repressão severa a crimes dessa natureza, se não mitiga todas as dores dali derivadas, ao menos serve como paliativo necessário, pois não se poderia conceber, a um só tempo, a ausência da justiça social, da justiça econômica e da justiça penal.

A proteção da criança e do adolescente contra as opressões, como se disse, tem caráter público indeclinável. Responsáveis, segundo a hodierna legislação, são a família, a sociedade e o Estado. O Estado, sabidamente, só atua sob determinação de uma

manifesta necessidade social. Por isso, é imprescindível que a sociedade encontre seu papel fundamental.

Solon, segundo Plutarco, já dizia que a cidade realmente civilizada é aquela em que todos os cidadãos sentem a injúria feita a um só e em que todos exigem sua reparação tão vivamente como aquele que a recebeu.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. **O estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude**. São Paulo: Malheiros, 1994.

ARIÉS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. de Dora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1978.

BOBBIO, Norberto e outros. **Dicionário de política**. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. II. 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Jalovi, 1988.

COULANGE, Fustel de. **A cidade antiga - estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12.ed. São Paulo: Hemus Editora Ltda, 1975.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DELMANTO, Celso e outros. **Código penal comentado**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Jurisprudência criminal**. 3.ed. São Paulo: Bushatsky, v. II. 1979.

_____. **Lições de direito penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II. 1988.

FRANCO, Alberto Silva e outros. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I. t. 2. 1997.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência de pais contra filhos: procuram-se vítimas**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1985.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII. 1981.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. João de Vasconcelos. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, v. III. 1991.

LEAL, Maria Lúcia Pinto (Org.). **Exploração sexual comercial de meninos, meninas e adolescentes na América Latina e Caribe: relatório final – Brasil**. Brasília: Centro de Referências, Estudos e Ações sobre crianças e adolescentes. CECRIA, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

LIBERATI, Wilson Donizetti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Código de processo penal interpretado**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à constituição federal de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2. 1967.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, v. I. 1981.

_____. _____. 14.ed. São Paulo: Saraiva, v. III. 1981.

PACHECO, Maria do Carmo Rodrigues Andrade. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. Mestranda da Faculdade de Direito da UFC. v. XIII/XIV. n. 1/2 - jan/dez 1994/1995.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente - uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **O melhor interesse da criança: Um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998.

SOUZA, Adriano Augusto Streicher. Estupro e atentado violento ao pudor praticados contra vítima menor de 14 anos – correlação entre as Leis 8.069/90 e 8.072/90 – uma nova visão. *Revista dos Tribunais*. 707/420. Disponível em : <<http://www.geocities.com/collegepaark/6410/doutri13.htm>>. Acesso em: 20 julho 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, v. I. 1998.

_____. **Processo penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, v. III. 1992.

_____. Súmula 608 do STF. **Revista CONSULEX**, a. II. n. 23. novembro de 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

VOVELLE, Michel (Org.). **França Revolucionária**. São Paulo: Brasiliense, 1989

ZEIDAN, Rogério. Presunção de violência por motivo etário. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM**. Boletim n. 64. a. VI. mar. 1998.

ANEXOS

Anexo I - Estudo de Casos Realizados na Comarca de Xaxim - SC - Tabela de I a VII
- Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e
Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

Tabela 1: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

TABELA I ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XANIM/SC AÇÕES PENAIS - CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216) PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000														
Nº da Ação Penal	Legislação infringida	"Notitia criminis"	Data dos fatos	1. Houve representação? 2. Por quem foi oferecida?	1. Processo iniciado por Denúncia ou Queixa-crime? 2. Data do recebimento	Espécie da ação penal	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Meio usado para a prática do crime	Relação entre agressor e vítima	Vítima: negou ou confirmou os fatos na fase judicial?	Representante e legal da vítima: negou ou confirmou os fatos em juízo	1. Houve conjunção carnal? 2. Ruptura himenal recente? 3. Outras considerações	Resultado final do processo
2.148/93	Artigos: 213, 224, 226 e 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima	1990	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 03.09.90	Ação Penal Pública incondicionada	1. 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 29 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante fraude	A vítima era filha adotiva do agressor	A vítima disse que praticou por vontade própria	A mãe da vítima disse que não sabia sobre os fatos	1. Sim 2. Não	Condenado o réu a pena de quatro anos de reclusão
1.987/90	Artigos: 213, 224, 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela irmã da vítima, esposa do acusado	Fev. 1990	1. Sim 2. Oferecida pela irmã da vítima	1. Denúncia 2. 27.03.90	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 20 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Cunhados	Confirmou	Negou	1. Sim 2. Sim 3. Inflamação na vulva	Absolvido o réu, por não constituir o fato infração penal
1.988/90	Artigos: 213, 224, 61, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima e sua mãe	Mar. 1990	1. Sim 2. Oferecida pela vítima	1. Denúncia 2. 09.04.90	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 23 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante ameaça com revólver	Nenhuma relação	Negou	Não foi ouvida	1. Sim 2. Sim 3. Fissura na vulva e laceração na face lateral do hímen	Absolvido o réu, por não existir prova suficiente para a sua condenação
2.087/91	Artigos: 214, 225, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Fev. 1991	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 15.03.91	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 04 anos 2. Fem. 3. Não	1. 71 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	O agressor vivia maritalmente com a avó da vítima	Confirmou	Confirmou	1. Não 3. Resultou lesão peritomeal na vagina e parte externa	Condenado o réu, mas decretada a prescrição da pretensão punitiva
2.121/90	Artigos: 213, 224, 226, todos do Código Penal	A vítima foi intimada para comparecer na DP, quando acabou sexualmente revelando os fatos	Out. 1991 Mas foi abusada sexualmente desde o ano de 1988	1. Não	1. Denúncia 2. 01.07.91	Ação Penal Pública incondicionada	1. 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 43 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante ameaças	Pai da vítima	Confirmou	Não foi ouvida em qualquer fase, abandonou o lar	Não foi realizado exame	Absolvido o réu, por não haver prova da infração penal

Tabela 2: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

TABELA II														
ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XAXIM/SC														
AÇÕES PENAIS - CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216)														
PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000														
N.º da Ação Penal	Legislação infringida	"Notícia criminal"	Data dos fatos	1. Houve representação ? 2. Por quem foi oferecida ?	1. Processo iniciado por Denúncia ou Queixa-crime ? 2. Data do recebimento	Espécie da ação penal	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador ?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Meio usado para a prática do crime	Relação entre agressor e vítima	Vítima: negou ou confirmou os fatos na fase judicial ?	Representante e/ou vítima: negou ou confirmou os fatos em juízo	1. Houve conjunção carnal ? 2. Rapina carnal ? 3. Outras considerações	Resultado final do processo
2.233/92	Artigos: 214, 224, 213, 14, 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima	Out. 1991	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 12.03.92	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 12 anos 2. Fem. 3. Não	1. 28 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante ameaças	Nenhuma relação	Não atendeu as intimações e mudou-se para lugar incerto e não sabido	Não atendeu as intimações e mudou-se para lugar incerto e não sabido	Não	Absolvido o réu, por não existir prova suficiente para a sua condenação
2.214/92	Artigos: 213, 226, 29, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima	Nov. 1991	1. Sim 2. Oferecida pela vítima, que ainda na fase policial retirou-se	1. Denúncia 2. 24.01.92	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 21 anos e 20 anos 2. Ambos Masc.	Praticaram o crime mediante ameaças	Nenhuma Relação	Não foi ouvida por estar em lugar incerto e não sabido	Não foi ouvida em qualquer fase	1. Sim 2. Não	Absolvido o réu, por não constituir o fato infração penal
2.261/92	Artigos: 213, 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Fev. 1992	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 10.08.93	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 28 anos 2. Masc.	Ameaça	Conviveram maritalmente	Confirmou	Mas disse que só procurou a justiça porque tinha medo de se complicar	1. Sim 2. Sim	Absolvido o réu, por não existir prova suficiente para a sua condenação
2.400/93	Artigos: 213, 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Mai. 1993	1. Sim 2. Oferecida pelo pai da vítima	1. Denúncia 2. 10.08.93	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 12 anos 2. Fem. 3. Não	1. 24 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Nenhuma relação	Confirmou	Confirmou	1. Sim 2. Sim 3. Hematoma no pescoço	Absolvido o réu, por não constituir o fato infração penal
2.416/93	Artigos: 214, 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pelo pai da vítima	Ago. 1993	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 24.09.93	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 09 anos 2. Fem. 3. Não	1. 53 anos 2. Masc.	Ameaça	Nenhuma relação	Confirmou	Confirmou	Não realizado	Delito desclassificado para o art. 61 da LCP, condenado a pena de multa

Tabela 3: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

TABELA III ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XAXIM/SC AÇÕES PENAIS - CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216) PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000														
N.º da Ação Penal	Legislação infringida	"Notícia criminis"	Data dos fatos	1. Houve representação ? 2. Por quem foi oferecida ?	1. Processo iniciado por Denúncia ou Queixa-crime ? 2. Data do recebimento	Espécie da ação penal	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador ?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Método usado para a prática do crime	Relação entre agressor e vítima	Vítima: negou ou confirmou os fatos na fase judicial ?	Representant. e legal da vítima: negou ou confirmou os fatos em juízo	1. Houve conjunção carnal? 2. Rapina 3. Estupro 4. Outras considerações	Resultado final do processo
081.93.5 4-5	Artigos: 214, 224, 61, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Out.1993	1. Não	1. Denúncia 2. 12.01.94	Ação Penal Pública incondicionada	1. 06 anos 2. Fern. 3. Não	1. 34 anos 2. Masc.	Vias de fato	Pai da vítima	Confirmou	Confirmou	1. Não 2. Não 3. Escoações no perineo	Processo suspenso e atualmente está em andamento, eis que o réu apareceu
081.94.1 04-8	Artigos: 213, 14, 29, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima e seu pai	Mar.1994	1. Sim 2. Oferecida pelo pai da vítima	1. Denúncia 2. 04.07.94	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 14 anos 2. Fern. 3. Não	1. 20 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Nenhuma relação	Negou	Confirmou	1. Sim 2. Sim 3. Restou lesionada levemente	1.º réu: condenado a pena de 3 anos de reclusão e 2.º réu a pena de 3 anos e 7 meses e vinte dias de reclusão.
081.95.24 9-7	Artigos: 213, 224, 14, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Jul.1995	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 02.04.98	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 13 anos 2. Fern. 3. Não	1. 21 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Nenhuma relação	Não foi ouvida	Confirmou	1. Sim 2. Não	Autos em Andamento
081.96.87 4-9	Artigos: 213, 224, 226, 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Mar.1996	Não	1. Denúncia 2. 05.12.96	Ação Penal Pública incondicionada	1. 11 anos 2. Fern. 3. Não	1. 32 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante ameaças	Padrasto da vítima	Confirmou	Confirmou	1. Sim	Condenado o réu a 9 anos de reclusão. Recurso da defesa conhecido mas negado por provimento

Tabela 4: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

TABELA IV ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XAXIM/SC AÇÕES PENAIS - CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216) PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000														
N.º da Ação Penal	Legislação infringida	"Notitia criminis"	Data dos fatos	1. Houve representação? 2. Por quem foi oferecida?	1. Processo iniciado por Denúncia ou Queixa-crime? 2. Data do recebimento	Especie da ação penal	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Meio usado para a prática do crime	Relação entre agressor e vítima	Vítima: negou ou confirmou os fatos na fase judicial?	Representante e legal da vítima: negou ou confirmou os fatos em juízo	1. Houve conjunção carnal? 2. Ruptura bimedial recente? 3. Outras considerações	Resultado final do processo
081.968/51-0	Artigos: 214, 214, 14, 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela tia das vítimas e mãe	Nov.1996	Não	1. Denúncia 2. 20.05.97	Ação Penal Pública condicionada	1. 05, 06, 07, 13 e 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 47 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante fraudes, eis que apresentou-se como espinta	Nenhuma relação	Não foi ouvida	Não foi ouvida	Não foi realizado	Processo suspenso porque o réu não foi localizado e citado por edital não compareceu. Foi-lhe decretada a prisão preventiva
081.976/19-6	Artigos: 213, 224, 226, 14, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Mar.1997	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 25.06.97	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 39 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante ameaças	A vítima trabalhava para o agressor	Não foi ouvida	Não foi ouvida	1. Não 2. R estou lesionada levemente no joelho	Processo suspenso porque o réu não foi localizado e citado por edital não compareceu. Foi-lhe decretada a prisão preventiva
2.713/98	Artigos: 214, 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pelo cunhado da vítima	Mai.1998	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 25.06.98	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 14 anos 2. Fem.	1. 22 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Nenhuma relação	Confirmou	Confirmou	1. Não 2. Não há ruptura	Absolvido o réu, por não existir prova suficiente para a sua condenação

Tabela 5: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

TABELA V														
ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XAXIM/SC														
AÇÕES PENAIS - CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216)														
PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000														
N.º da Ação Penal	Legislação infringida	"Notitia criminis"	Data dos fatos	1. Houve representação? 2. Por quem foi oferecida?	1. Processo iniciado por Denúncia ou Queixa-crime? 2. Data do recebimento	Especie da ação penal	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Meio usado para a prática do crime	Relação entre agressor e vítima	Vítima: negou ou confirmou os fatos na Fase judicial?	Representante legal da vítima: negou ou confirmou os fatos em juízo	1. Houve conjunção carnal? 2. Ruptura himenal recente? 3. Outras considerações	Resultado final do processo
081.98.1 469-8	Artigos: 214, 213, 224, 226, 69, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	1997 e 1998	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 15.12.99	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 13 e 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 31 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Nenhuma relação	Não foi ouvida	Não foi ouvida	1ª vítima: não houve conjunção 2ª vítima: não foi possível a constatação, eis que possui hímen complacente	Autos em Andamento
081.98.1 250-4	Artigos: 213, 224, 226, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela avó da vítima	Abr.1998	1. Sim 2. Oferecida pela avó da vítima	1. Denúncia 2. 13.10.99	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 33 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Nenhuma relação	Não foi ouvida	Não foi ouvida	3. Ruptura himenal antiga complacente	Autos em Andamento
081.99.2 13-7	Artigos: 213, 224, 226, 29, 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pelo Cons. Tutelar	1998	Não	1. Denúncia 2. 25.03.99	Ação Penal Pública incondicionada	1. 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 38 e 48 anos 2. Masc. 3. Fem.	Praticaram os crimes mediante ameaças	Padrasto e mãe da vítima	Confirmou	Negou. Foi também denunciada	1. Não se constatou, hímen complacente	
081.99.1 445-3	Artigos: 214, 71, ambos do Código Penal	IP requisitado pelo MP	1991 a 1998	Não	1. Denúncia 2. Pendente de recebimento	Ação Penal Pública incondicionada	1. 04, 08 e 09 anos 2. Fem. 3. Não	1. 29 anos 2. Masc.	Ameaças	Padrasto das vítimas	Não foi ouvida	Não foi ouvida	Não	Autos em Andamento
081.99.1 753-3	Artigos: 214 e 71, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Set.1999	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 03.05.00	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 08 anos 2. Fem. 3. Não	1. 43 anos 2. Masc.		A vítima permanecia aos cuidados da filha do agressor	Não foi ouvida	Não foi ouvida	Não realizado	Autos em Andamento

Tabela 6: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

TABELA VI ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XAXIM/SC AÇÕES PENAIS - CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216) PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000														
N.º da Ação Penal	Legislação infringida	"Notitia criminis"	Data dos fatos	1. Houve representação? 2. Por quem foi oferecida?	1. Processo iniciado por Denúncia ou Queixa-crime? 2. Data do recebimento	Espécie da ação penal	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Motivo usado para a prática do crime	Relação entre agressor e Vítima	Vítima: negou ou confirmou os fatos na fase judicial?	Representante e legal da vítima: negou ou confirmou os fatos em juízo	1. Houve conjunção carnal? 2. Ruptura himenal recente? 3. Outras considerações	Resultado final do processo
081.99.1 053-9	Artigos: 213, 226, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pelo Conselho Tutelar	Jul.1999 Mas a vítima foi abusada sexualmente por dois anos	Não	1. Denúncia 2. 09.03.00	Pública incondicionada	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 37 anos 2. Masc.	ameaça	pai	Negou	Negou	Sim Sim	Condenado a 07 anos e seis meses de reclusão
081.99.1 561-1	Artigos: 214, 224 e 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da autoridade Policial pelo Conselho Tutelar	1999	1. Sim 2. Oferecida pelo pai da vítima * A mãe renunciou ao direito de representação	1. Denúncia 2. 09.03.00	Ação Penal Pública incondicionada	1. 12 anos 2. Masc.	1. 28 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Padrasto da vítima	Não foi ouvida	Não foi ouvida	Não	Autos em andamento
081.00.1 90-3	Artigos: 213, 224, 225 e 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da autoridade Policial pelo Conselho Tutelar	1999 e 2000	Não	1. Denúncia 2. 01.03.00	Ação Penal Pública incondicionada	1. 10 anos 2. Fem. 3. Não	1. 33 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante fraude e ameaças	Pai da vítima	Calou-se	Nada sabe sobre os fatos e Apresentou atestado que declara possuir a vítima himen íntegro	O 1.º exame atestou ruptura himenal e Apresentou atestado que não há ruptura e o 3.º atesta ser o hímen íntegro.	Autos em andamento
081.99.6 72-8	Artigos: 214 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela tia da vítima	Mar.1999	Sim (tia)	1. Denúncia 2. 16.05.00	Ação Penal Pública condicionada	1. 04 anos 2. Fem. 3. Não	1. 35 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Namorado da mãe	Não foi ouvida	Não foi ouvida	1. Não foi realizado	Autos em andamento
081.95.2 44-6	Artigo: 214 do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima e sua mãe	Jul.1999	1. Sim	1. Denúncia 2. 12.08.96	Ação Penal Pública condicionada	1. 16 anos 2. Fem. 3. Não	1. 20 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante vias de fato	Namorado da mãe	Não foi encontrada	Não foi ouvida	Não Restou lesionada levemente	Condenado a pena de 6 anos de reclusão
081.00.5 23-2	Artigos: 213, 224, 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da autoridade Policial pelo Conselho Tutelar	1999	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 03.05.00	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 12 anos 2. Fem. 3. Não	1. 59 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante ameaças e fraude	Padrasto da mãe da vítima	Negou	Negou	3. Ruptura himenal antiga	Autos em andamento

Tabela 7: Ações Penais - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

TABELA VII ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XANIM/SC AÇÕES PENAIS - CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216) PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000														
N.º da Ação Penal	Capitulação	"Notitia criminis"	Data dos fatos	1. Houve representação ? 2. Por quem foi oferecida ?	1. Processo iniciado por Denúncia ou Oitiva-crime 2. Data do recebimento	Especie da ação penal	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador ?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Motivo usado para a constatação do crime	Relação entre agressor e vítima	Vítima: negou ou confirmou os fatos na fase judicial ?	Representante e legal da vítima: negou ou confirmou os fatos em juízo	1. Houve conjunção carnal ? 2. Rapto carnal recente ? 3. Outras considerações	Resultado final do processo
081.00.2 07-1	Artigos: 213, 224, 219, 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Fev.2000	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. Denúncia 2. 20.03.00	Ação Penal Pública condicionada a representação	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 19 anos 2. Masc.	Praticou o crime mediante ameaças	Ex-companheiro da vítima	Confirmou	Confirmou	1. Sim 2. Não	Absolvido pelo estupro, eis que ausente a prova do constrangimento, e condenado pelo rapto a 2 anos e 4 meses.
081.00. 542-9	Artigos: 214, 224, 225, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Mar.2000	1. Não A mãe da vítima renunciou ao direito de representação	1. Denúncia 2. Pendente de recebimento	Ação Penal Pública Incondicionada	1. 10 anos 2. Fem. 3. Não	1. 60 anos 2. Masc.	ameaça	Padrasto da vítima	Não foi ouvida	Não foi ouvida	1. Não	Autos em andamento
081.00.9 10-6	Artigos: 214, 224, 225, 71, todos do Código Penal	Levada ao conhecimento da autoridade Policial pelo Conselho Tutelar	199 e 2000	1. Não	1. Denúncia 2. Pendente de recebimento	Ação Penal Pública Incondicionada	1. 13 anos 2. Masc. 3. Não	1. 69 anos Masc.	Praticou o crime mediante ameaças	Tutor da vítima	Não foi ouvida	Não foi ouvida	Não realizado	Autos em andamento

**Anexo II - Estudo de Casos Realizados na Comarca de Xaxim - SC - Tabelas VIII a X
- Inquéritos Policiais que não se transformaram em Ação Penal - Crimes contra os
Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a
Julho/2000**

Tabela 8: Inquéritos Policiais que não se transformaram em Ação Penal - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

TABELA VIII ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XAXIM/SC INQUÉRITOS POLICIAIS QUE NÃO SE TRANSFORMARAM EM AÇÃO PENAL CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216) PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000									
N.º do Inquérito Policial	Capitulação indicada pela Autoridade Policial	"Notícia criminal"	Data dos fatos	1. Houve representação? 2. Por quem foi oferecida?	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Relação entre agressor e vítima	1. Houve conjunção carnal? 2. Ruptura bimedial recente?	Por que foi arquivado?
2.521/91	Artigos: 213 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pelo pai da vítima	Mai.1990	1. Sim 2. Oferecida pelo pai da vítima, mas retratou-se porque se entendeu com o agressor	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 29 anos 2. Masc.	Namorado	1. Sim 2. Não	Determinado o arquivamento por não haver condição de procedibilidade, qual seja a representação
2.767/92	Artigo: 213 do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima	Jun.1991	1. Sim 2. Oferecida pela rep. legal da vítima	1. 15 anos 2. Fem. 3. Não	1. 36 anos 2. Masc.	A vítima trabalhava como doméstica na casa do agressor	1. Sim 2. Sim 3. Gravidez	Determinado o arquivamento por não haver indícios de que a vítima tenha sido obrigada a manter relação sexual com o agressor
2.934/93	Artigos: 213 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Set.1992	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima, que retratou-se	1. 12 anos 2. Fem. 3. Não	1. Não foi ouvido 2. Masc.	Nenhuma relação	1. Sim 2. Não	Determinado o arquivamento por não haver condição de procedibilidade, qual seja a representação
2.955/93	Art. 213 e/o art. 224	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Fev.1993	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 23 anos 2. Masc.	Nenhuma relação	1. Sim 2. Sim	Foi determinado que os autos aguardassem o prazo decadencial em cartório, já que a representação oferecida dizia respeito ao crime de sedução e não ao previsto no art. 213 do CP, após o prazo foi determinado o arquivamento.
3.007/93	Art. 213 do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pelo pai da vítima	Nov.1992	1. Sim 2. Oferecida pelo pai da vítima	1. 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 26 anos 2. Masc.	Vizinhos	1. Sim 2. Sim 3. Gravidez	Determinado o arquivamento por não haver indícios de que a vítima tenha sido obrigada a manter relação sexual com o agressor

Tabela 9: Inquéritos Policiais que não se transformaram em Ação Penal - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

<p>TABELA IX</p> <p>ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XAXIM/SC</p> <p>INQUÉRITOS POLICIAIS QUE NÃO SE TRANSFORMARAM EM AÇÃO PENAL</p> <p>CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216)</p> <p>PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000</p>									
Nº do Inquérito Policial	Capitulação Indecida pela Autoridade Policial	"Notícia criminis"	Data dos fatos	1. Houve representação? 2. Por quem foi oferecida?	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Relação entre agressor e vítima	1. Houve conjunção carnal? 2. Ruptura himenal recente?	Por que foi arquivado?
3.094/94	Artigos: 214 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Out.1993	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. 12 anos 2. Fem. 3. Não	1. 36 anos 2. Masc.	O agressor era padrasto da vítima	1. Não 2. Não há ruptura	Determinado o arquivamento, pois a mãe retratou-se e as partes se entenderam
3.572/97	Artigos: 213 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima	Jul.1997	1. Não	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. Não foi ouvido	Nenhuma relação	1. Sim 2. Sim 3. Escoriações no cotovelo direito e punho esquerdo	Determinado o arquivamento porque o genitor da vítima não quis que os fatos fossem divulgados
081.99.1005-9	Artigos: 213 e 14, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pelo pai da vítima	Fev.1999	1. Não	1. 16 anos 2. Fem. 3. Não	1. 26 anos 2. Masc.	Cunhados	1. Sim 2. Sim	Determinado o arquivamento por tratar-se de Ação Penal Privada, e a vítima não ter se manifestado em tempo e modo devidos
081.99.903-4	Artigos: 213 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pelo Conselho Tutelar	Mar.1999	1. Não	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 25 anos 2. Masc.	Nenhuma relação	1. Sim 2. Sim	Determinado o arquivamento por não haver condição de procedibilidade, qual seja a representação
081.00.911-4	Artigos: 214 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Jun.2000	1. Não	1. 04 anos 2. Masc. 3. Não	1. 20 anos 2. Masc.	Vizinhos	3. Constatada penetração no ânus, com escoriações	Autos em andamento
3.592/98	Artigos: 214 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima e sua representante legal	Nov.1997	1. Sim 2. Oferecida pela representante legal da vítima	1. 06 anos 2. Fem. 3. Não	1. 53 anos 2. Masc.	A vítima permanecia aos cuidados da mulher do agressor	Não foi realizado	Determinado o arquivamento. Apesar de presente a representação o MP entendeu não haver provas de ser a vítima pobre

Tabela 10: Inquéritos Policiais que não se transformaram em Ação Penal - Crimes contra os Costumes Praticados contra Crianças e Adolescentes no Período de Janeiro/1990 a Julho/2000

TABELA X										
ESTUDO DE CASOS REALIZADO NA COMARCA DE XAXIM/SC										
INQUÉRITOS POLICIAIS QUE NÃO SE TRANSFORMARAM EM AÇÃO PENAL										
CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES (Art. 213 a 216)										
PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JANEIRO/1990 A JULHO/2000										
N.º do Inquérito Policial	Capitulação indicadora pelo Autoridade Policial	"Notícia criminal"	Data dos fatos	1. Houve representação? 2. Por quem foi oferecida?	1. Idade da vítima 2. Sexo 3. Foi nomeado curador?	1. Idade do agressor 2. Sexo	Relação entre agressor e vítima	1. Houve conjunção carnal? 2. Ruptura bimenal recente?	Por que foi arquivado?	
3.497/97	Artigos: 213 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Jan.1997	Sim	1. 13 anos 2. Fem. 3. Não	1. 19 anos 2. Masc.	Namorado	1. Sim 2. Sim	Determinado o arquivamento com a extinção da punibilidade pelo casamento das partes	
3.264/95	Artigos: 214 e 224, ambos do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pelo pai da vítima	Fev.1995	1. Sim	1. 10 anos 2. Fem. 3. Não	1. 20 anos 2. Masc.	O agressor trabalhava para o pai da vítima	1. Não	Determinado o arquivamento por tratar-se de Ação Penal Privada, e a vítima não ter se manifestado em tempo e modo devidos	
3.322/95	Art. 213 e 224 do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela mãe da vítima	Jul.1995	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima	1. 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 27 anos 2. Masc.	Namorado	1. Sim 2. Sim	Determinado o arquivamento por não estar provado o crime	
081.99.896-8	Artigo 213 do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima e sua mãe	Abr.1999	1. Não	1. 16 anos 2. Fem. 3. Não	1. 29 anos 2. Masc.	Nenhuma relação	1. Sim 2. Sim	Determinado o arquivamento porque vítima e sua representante legal não quiseram representar contra o agressor	
081.99.1497-6	Artigo: 215 do Código Penal	Levada ao conhecimento da Autoridade Policial pela vítima e sua mãe	Dez.1998	1. Sim 2. Oferecida pela mãe da vítima, que ainda na fase policial retratou-se	1. 14 anos 2. Fem. 3. Não	1. 21 anos 2. Masc.	Namorado	1. Sim 2. Sim	Arquivado por ausência de representação	